

**LA REMUNICIPALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. ASPECTOS LABORALES**  
SEMINARI SOBRE RELACIONS COL·LECTIVES  
FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA  
16 diciembre 2015

***Susana Rodríguez Escanciano***  
Catedrática de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social.  
Universidad de León

**Sumario: 1.- LOS FRENOS A LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE COMPETENCIA LOCAL. . 2.- REVERSIÓN DE CONTRATAS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS. 2.1.- LOS REQUISITOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DEL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. 2.2.- LA INCIDENCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 2.3.- EL ESTABLECIMIENTO DE CLÁUSULAS SUBROGATORIAS EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES: LÍMITES. 2.4.- LOS CAUCES PARA LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ANTE LA AUSENCIA DE SUBROGACIÓN. 3.- BONDADDES Y RIESGOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL. 3.1.- LA LAXA REGULACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 3.2.- LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. 3.2.1.- El encaje del vínculo administrativo en el concepto de “contrata”. 3.2.2.- El parámetro de imputación de responsabilidad solidaria por deudas salariales y con la Seguridad Social: la noción de “propia actividad”. 3.2.3.- La nula virtualidad de la exención de responsabilidad de la Administración prevista en los pliegos de condiciones. 4.- UN SUPUESTO CONEXO: LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. 4.1.- CRITERIOS JUDICIALES SOBRE EL ARTÍCULO 43 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. 4.2.- EL RECURSO A LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL COMO EMPRESAS DE SERVICIOS. 5.- SUPRESIÓN, DISOLUCIÓN Y FUSIÓN DE ENTIDADES ADMINISTRATIVAS. 5.1.- SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE LA SUBROGACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL SECTOR PÚBLICO DE CATALUÑA. 5.2.- LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL SUJETO-EMPRESARIO. DIFERENCIAS ENTRE EL SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO Y EL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL Y FUNDACIONAL. 5.2.1.- Causas justificativas de los despidos. 5.2.2.- Procedimiento. 5.2.3.- Documentación. 5.2.4.- Individualización de los trabajadores afectados. A) Prioridad de permanencia. B) Personal laboral fijo. C) Personal laboral temporal e “indefinido no fijo”.**

## 1.- LOS FRENOS A LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE COMPETENCIA LOCAL

Cierto es que en los últimos años ha tenido lugar una aceleración de los procesos de privatización o gestión indirecta de los servicios públicos por parte de las Administraciones, fruto tanto de las presiones para rebajar el gasto e incrementar la eficacia, como de los movimientos tendentes a reducir la dimensión del sector público<sup>1</sup>, sin olvidar la búsqueda de fórmulas jurídicas más flexibles que las ofrecidas tradicionalmente por el Derecho Administrativo<sup>2</sup>. No menos verdad resulta que factores coyunturales vinculados a la crisis económica han obligado, en contrapartida, a adoptar decisiones de reorganización, tendentes, de un lado, a la interiorización de actividades que previamente habían sido encomendadas a empresas privadas y, de otro, a la fusión o extinción de determinados entes adyacentes, suscitándose un amplio conjunto de problemas laborales para los trabajadores afectados, máxime cuando el legislador se ha esforzado, además, en proporcionar los instrumentos idóneos a los gestores públicos para conseguir la reducción del número de efectivos en aras a lograr la ansiada sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria, atendiendo a los términos de la disposición adicional 16ª del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), cuya redacción procede de la reforma introducida por la Ley 3/2012<sup>3</sup>, que ha facilitado la posibilidad de despedir objetivamente a los empleados públicos laborales, ya sea por la vía individual, ya sea por la colectiva, evitando, al tiempo, que los entes públicos (con excepción de aquéllos que obtengan más del 50 por 100 de sus ingresos en el mercado) puedan acudir a la suspensión temporal de los contratos o a la reducción de jornada prevista en el art. 47 ET mientras dure la situación de desajuste económico-financiero u organizativo (disposición adicional 17ª ET)<sup>4</sup>.

El sector público local, afectado especialmente por la recesión económica, ha sido testigo cualificado de esta doble tendencia contraria a la utilización de mecanismos de colaboración público-privada. Así, cabe recordar cómo la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), introduce modificaciones importantes en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), tomando como punto de partida cinco postulados, todos ellos dirigidos a asegurar la sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos: reducción de las competencias y servicios municipales; reforzamiento de las provincias para la prestación de servicios de titularidad municipal; reducción de los costes de gobierno (personal eventual, régimen de dedicación y retribución de los concejales); reducción o desmantelamiento del sector público local; y mejora selectiva del control interno y externo en y sobre las entidades locales<sup>5</sup>.

Bajo tales premisas –y por lo que aquí interesa–, la mencionada reforma pretende un redimensionamiento de la extensión del sector público local desde una perspectiva binaria:

En primer lugar, en lo que se refiere al siempre debatido y polémico asunto relativo a la gestión, directa o indirecta, de los servicios públicos locales sobre aquellas materias,

---

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Aproximación a la colaboración público-privada en el mercado de trabajo español”, *Temas Laborales*, núm. 25, 2014, pág. 55.

<sup>2</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, *Revista de Derecho Social*, núm. 67, 2015, pág. 13.

<sup>3</sup> LÓPEZ CUMBRE, L.: “Los efectos de la reforma laboral en el empleo público”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 34, 2013, pág. 25.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*, Madrid (Iustel-Fundación Democracia y Gobierno Local), 2013, págs. 51 y ss.

<sup>5</sup> VELASCO CABALLERO, F.: “Reforma de la Administración Local: una nueva distribución territorial de poder”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *La reforma del sector público*, Sevilla (Instituto García Oviedo), 2014, pág. 68.

ahora más reducidas, de su competencia<sup>6</sup>. A esta cuestión la LBRL dedicaba sus arts. 85, 85 bis, 85 ter y 86, preceptos sobre los que incide la LRSAL que modifica el apartado 2º del art. 85, suprime el párrafo 3º del mismo precepto, altera el punto 2º del art. 85 ter, así como la redacción del art. 86. Las principales novedades introducidas, en este marco, giran alrededor de las siguientes cuestiones<sup>7</sup>:

1.- Se mantiene la misma clasificación de gestión de los servicios públicos en directa o indirecta, así como las anteriores cuatro formas de gestión directa, pero se declara la preferencia de las dos primeras (gestión por la propia Entidad Local y gestión por el Organismo Autónomo Local), respecto a las otras dos (Entidad Pública Empresarial Local y Sociedad Mercantil Local), respecto de las cuales se exige la presentación de una memoria justificativa de su mayor sostenibilidad y eficiencia frente a las dos primeras.

2.- Se sigue efectuando una remisión a lo que disponga y regule la Ley de Contratos del Sector Público en relación a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos (concesión, cesión interesada, concierto o sociedad de economía mixta), quedando vetada la externalización de funciones que corresponden en exclusiva a los funcionarios de conformidad con lo previsto en el art. 9 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Desde un punto de vista técnico-jurídico, hubiera sido más adecuada la remisión a lo previsto en el nuevo art. 92.3 LBRL, de conformidad con el cual “corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”.

3.- Se elimina la prohibición expresa de prestar servicios públicos locales que impliquen ejercicio de autoridad a través de la gestión indirecta y de la gestión directa mediante sociedad mercantil de capital exclusivamente local, pues se entiende incluida en el inciso final del apartado anterior.

4.- Se conservan las especialidades del régimen jurídico de las formas de gestión directa relativas a los Organismos Autónomos Locales, las Entidades Públicas Empresariales y las Sociedades Mercantiles Locales, con la referencia, para estas últimas, al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En segundo término, la LRSAL pretende reducir el número de entidades del sector económico local mediante tres actuaciones: impidiendo la creación de nuevos entes (con forma pública o privada) o nuevas participaciones en entes preexistentes (arts. 57 y 86.2 LBRL), sobre todo cuando se trate de Entidades Locales que cuenten con un “plan económico-financiero” o un “plan de ajuste” (disposición adicional 9ª.1 LBRL); apostando por la disolución y liquidación –incluso *ope legis*– de aquellos entes del sector público “que desarrollen actividades económicas y que se encuentren en situación de desequilibrio financiero” (disposición adicional 9.2ª LBRL); y promoviendo la disolución de los “holdings” locales mediante la prohibición de la existencia de entes del sector público controlados exclusivamente por otros entes públicos del sector público local (disposición adicional 9ª.3

<sup>6</sup> ARIAS MARTÍNEZ, M.A.: “La puesta a examen de las competencias municipales en un contexto de crisis: del pacto local a la recentralización competencial”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, 2015, págs. 1 y ss.

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L.C.: “La nueva reforma local en relación a los servicios públicos y el régimen de intervención en las actividades de los ciudadanos”, en AA.VV (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): *La reforma de régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2014, págs. 217 y ss.

y 4 LBRL)<sup>8</sup>. Se pretende, en definitiva, frenar la proliferación de nuevas personificaciones, intentando contener la expansión de la nebulosa organizativa de las entidades locales en situación de dificultad económica<sup>9</sup>.

Sea como fuere, ambas líneas de actuación van destinadas a poner freno a las denominadas “formas indirectas de acceso al empleo público”<sup>10</sup>, auspiciadas a través de vínculos laborales celebrados por empresas contratistas o concesionarias de servicios o por entidades instrumentales encargadas de la dispensa de actividades de interés general, realidades ambas que presentan, por lo que a este estudio importa, una nota común, pues la relación laboral, más allá de su tradicional carácter bilateral, adquiere una dimensión triangular, de modo que aun cuando el trabajador no desempeñe un puesto de trabajo propio de la organización administrativa matriz, sus retribuciones proceden, indirecta o directamente, de los presupuestos públicos.

## **2.- REVERSIÓN DE CONTRATAS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS**

Bien conocido es que las Administraciones (incluidas las Locales) han recurrido a las personas jurídico-mercantiles para la dispensa de servicios de interés general en un creciente proceso de “descentralización funcional”, no en vano la posibilidad de confiar a sujetos privados ajenos a su propia organización determinadas funciones administrativas resulta plenamente admitida por nuestro ordenamiento jurídico, exigiendo únicamente el respeto del interés público y la reserva de actividades que deben ser desarrolladas por funcionarios. Ahora bien, la necesidad de controlar el gasto público va a provocar que, en muchas ocasiones, la propia Administración decida asumir la prestación directa de actividades previamente descentralizadas a favor de empresarios contratistas o concesionarios, a quienes se había acudido con frecuencia para la cobertura de diferentes finalidades como pueden ser la ayuda a domicilio, el cuidado de discapacitados profundos, la gestión de entidades culturales o deportivas, la explotación de centros culturales o de teatros públicos, el tratamiento de expedientes simples, la toma y grabación de datos para la informatización de un servicio o, por no seguir, la puesta en funcionamiento de equipamientos y sistemas informáticos.

### **2.1.- REQUISITOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DEL ARTÍCULO 44 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES**

Producido el rescate, inmediatamente surge la duda de si los trabajadores afectados por ese trasvase podrían aspirar a integrarse en la propia Administración que asume la prestación del servicio o si tal oportunidad les queda vedada, abriendo la vía para proceder a los correspondientes despidos colectivos u objetivos por la entidad inicialmente adjudicataria. Para dar respuesta a este interrogante resulta necesario tomar como punto de partida la siguiente hipótesis: si junto con la asunción de la competencia para la prestación del servicio se transmiten cuantos bienes conformaban el activo utilizado para ello, habría de operar el mecanismo de subrogación previsto en el art. 44 ET; sin embargo, cuando tal extremo no fuera acompañado de la entrega de ninguna clase de sustrato material, no entrarían en juego las previsiones del art. 44 ET y, en consecuencia, los contratos de trabajo podrían quedar extinguidos<sup>11</sup>. Y ello porque este precepto estatutario es muy claro al señalar que la asunción

<sup>8</sup> VELASCO CABALLERO, F.: “Reforma de la Administración Local: una nueva distribución territorial del poder”, cit., págs. 97 y ss.

<sup>9</sup> BOTO ÁLVAREZ, A.: “Redimensionamiento del sector público local”, en AA.VV (QUINTANA LÓPEZ, T. Dir.): *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2014, págs. 465 y ss.

<sup>10</sup> SALA FRANCO, T.: “El acceso al empleo público laboral”, en AA.VV (ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., Coords.): *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Pamplona (Aranzadi), 2015, págs. 36 y ss.

<sup>11</sup> Por todas, STCo 66/1987, de 21 de mayo. En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Navarra 31 marzo 1992 (Ar. 1277), Cataluña 1 junio

por el nuevo empresario de los derechos y obligaciones laborales del anterior y, por consiguiente, la continuidad con el primero de las relaciones laborales concertadas en su día por el segundo, esto es, el mantenimiento en su empleo de los trabajadores contratados por éste, aparece condicionada, para que pueda tener lugar por imperativo legal, a que medie entre los dos empresarios una transmisión "de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma". Se trata de una condición necesaria, pero no suficiente, pues se requiere también que lo transmitido "afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio" (art. 44.2 ET)<sup>12</sup>.

Teniendo en cuenta los presupuestos subjetivos y objetivos indicados, para que el fenómeno de la transmisión de empresa vaya acompañado del efecto subrogatorio, es necesario que tenga lugar una efectiva cesión de "partes individualizadas" de la entidad empresarial, "siempre que conserven su identidad"<sup>13</sup> y "lo que se transmita sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado"<sup>14</sup>, esto es, que, en el caso aquí analizado, quede garantizada la eficiencia de la prestación del servicio público frente a los usuarios por la Administración que recupera la actividad. Si el objeto de la transmisión no encaja en esta descripción legal, la subrogación empresarial devendría inviable en cuanto pretendiera sustentarse en la normativa laboral de referencia<sup>15</sup>.

Desde tal perspectiva, es cuestionable la concurrencia de esta exigencia en casi todos los supuestos de adquisición por un organismo público de las competencias que venía desarrollando un empresario privado<sup>16</sup>, procediendo, en una primera aproximación, la extinción de los contratos afectados por los empresarios-contratistas o concesionarios alegando causas organizativas. Ahora bien, tan categórica afirmación merece una serie de matizaciones adicionales:

Aun no siendo de aplicación el mecanismo subrogatorio en los supuestos en los que el cambio de titularidad en la gestión del servicio público no vaya acompañado por la entrega de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva<sup>17</sup>, tal y como había venido sosteniendo la doctrina judicial más clásica que rechazaba, como regla general, la sucesión en contratos o concesiones administrativas<sup>18</sup>, a no ser --como lógica excepción a la que posteriormente se hará referencia-- que dicha subrogación viniera impuesta por el convenio colectivo aplicable<sup>19</sup>, lo cierto es que esta tesis restrictiva tuvo que ser matizada al calor de una nueva línea interpretativa apuntada desde algunos pronunciamientos de órganos supranacionales, recogiendo a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, una noción funcional de la transmisión y no centrando su atención solamente en la concepción de empresa-organización, de conformidad con la cual "dicha

1992 (Ar. 3312), Valencia 3 junio 1992 (Ar. 2898), País Vasco 18 abril 1994 (Ar. 1418) ó Castilla-La Mancha 15 julio 1998 (Ar. 2802).

<sup>12</sup> GARATE CASTRO, J.: "Descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones públicas", *Actualidad Laboral*, 2004, Tomo I, pág. 1053.

<sup>13</sup> SSTS, Social, 5 abril y 30 diciembre 1993 (Ar. 2906 y 10078), 20 enero y 19 octubre 1996 (Ar. 115 y 7778), 10 diciembre 1997 (Ar. 736) ó 29 abril y 8 junio 1998 (Ar. 3879 y 6693). También, SSTSJ, Social, Murcia 27 septiembre 1999 (Ar. 3087) y Castilla y León/Valladolid 15 julio 1999 (Ar. 3762).

<sup>14</sup> STS, Social, 27 octubre 1994 (Ar. 8531).

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid (Marcial Pons), 2006, págs. 153 y ss.

<sup>16</sup> CAMPS RUIZ, L.M.: "Constitución de filiales y estatuto del personal aplicable a los trabajadores al servicio de un grupo de sociedades", *Poder Judicial*, núm. 16, 1989, págs. 230-231.

<sup>17</sup> ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: "La sustitución de los contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y en la jurisprudencia del TJCE)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2002, págs. 241 y ss.

<sup>18</sup> Entre muchas, SSTS, Social, 6 febrero 1997 (RJ 999) y 21 octubre 1998 (RJ 9299).

<sup>19</sup> ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: "Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratos", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona (Aranzadi), 2003, pág. 270. En la doctrina judicial, entre muchas, SSTS, Social, 1 diciembre 1999 (RJ 516) y 25 febrero 2000 (RJ 4624).

entidad [económica organizada] si bien ha de ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una organización común pueden constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción<sup>20</sup>, debiendo ser asumida la plantilla por la empresa adquirente en aquellos sectores en los cuales la unidad de producción es esencialmente la mano de obra<sup>21</sup>. A tenor de esta novedosa doctrina, podría llegarse a concluir que "las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían *per se* un complejo orgánico --una unidad productiva en sentido funcional y técnico-- encaminado a realizar un servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que representen un cambio subjetivo en el ejercicio de la explotación integrarían el supuesto de hecho del art. 44 ET que acciona el efecto subrogatorio *ex lege* del que se hace eco efectivamente del servicio objeto de concesión como una unidad productiva"<sup>22</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha venido considerando, por ejemplo, que la aplicación del principio de transmisión de empresas "a los supuestos de cambio de titular en la explotación de una concesión administrativa de transporte público no podía entenderse como un obstáculo a la competencia entre empresas..., pues los operadores conservan su margen de maniobra para hacer jugar la competencia entre ellos"<sup>23</sup>.

No obstante esta tesis inicial, el propio Tribunal Europeo en pronunciamientos más recientes procede a matizar el contenido fundamental de la misma, entendiendo que la ampliación del radio de acción normativa de las garantías de la transmisión de empresa ante un contrato administrativo más allá de la aplicación de la Directiva 2001/23 podría llegar a ser considerada restrictiva de la libre competencia<sup>24</sup>. De forma más incisiva, recientemente, el Tribunal de Justicia cambia su criterio primigenio, dejando claro que "el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un Ayuntamiento, que

<sup>20</sup> SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Sánchez Hidalgo y otros*; 127/96, 229/96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Hernández Vidal y otros*; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto *Oy Liikenne Ab*; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto *Temco*, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto *Carlito Abler y otros* y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto *Güney-Gorres y Demir*. Un estudio en profundidad sobre las mismas en SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, Albacete (Bomarzo), 2005, págs. 17 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F.: "A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario", *Aranzadi Social*, núm. 22, 2006, págs. 9 y ss. ó RAMOS QUINTANA, M.I.: *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*, Albacete (Bomarzo), 2007, págs. 81 y ss.

<sup>21</sup> Con serias dudas, SSTS, Social, 20 y 27 octubre 2004 (RJ 7162 y 7202).

<sup>22</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas", *Relaciones Laborales*, 1986, Tomo II, pág. 68.

<sup>23</sup> STJCE 172/1999, de 4 de diciembre de 2000, asunto *Oy Liikenne*, comentada por MARTÍNEZ FONTS, D.: *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, [www.falternativas.org](http://www.falternativas.org), pág. 28.

<sup>24</sup> STJCE 460/02, de 9 de diciembre de 2004, asunto *Aeropuertos italianos*, en la cual se considera contraria al Derecho Comunitario una previsión del Derecho italiano (Decreto Legislativo nº 18/99) que contemplaba dos medidas de protección de los trabajadores que pudieran verse afectados por el proceso de liberalización del mercado de asistencia en tierra de los aeropuertos. En primer lugar, se imponía a los operadores que accedieran a dicho mercado la obligación de asegurar, durante los 30 meses siguientes a la entrada en vigor de la norma, el mantenimiento de los niveles de empleo y la continuidad de las relaciones laborales del personal dependiente del anterior prestador de servicios. En segundo lugar, cualquier transmisión de actividades que afectase a una o más categorías de servicios de asistencia en tierra debía llevar aparejada la asunción del personal del anterior prestador de servicios de manera proporcional a la parte de tráfico o de las actividades que asumiera. Tales previsiones impiden, en palabras del Tribunal, que "los prestadores de servicios que deseen acceder al mercado de la asistencia en tierra elijan su propio personal y, por consiguiente, el tipo de organización de los servicios que van a prestar para poder ejercer su actividad en el mercado."

había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal”, pues se trata de un sector intensivo en mano de obra en el que el ente municipal no ha asumido parte de la mano de obra<sup>25</sup>.

Hace escasos días, se ha vuelto a pronunciar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entendiendo que procede la subrogación “en una situación en la que una empresa pública (Adif), titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal”, no en vano la entidad económica ha mantenido su identidad, tal y como exige la Directiva. No desvirtúa esta conclusión el hecho de que no haya transmisión de infraestructuras ni materiales, pues éstos siempre fueron propiedad de Adif, ni tampoco que ésta no se hiciera cargo de los trabajadores porque la actividad no es intensiva en mano de obra sino en equipamiento<sup>26</sup>.

Cierto es, por lo demás, que la interpretación extensiva primeramente esbozada por el Tribunal Comunitario (con algunos retrocesos) empezó a ser asumida por algunos Tribunales Superiores de Justicia<sup>27</sup>, e incluso por el Tribunal Supremo<sup>28</sup>, para aquellos supuestos en los que el nuevo empresario se hace cargo en términos significativos de calidad y número de una parte del personal del antiguo ente administrativo sin que el hecho de que no se hayan aportado elementos materiales desvirtúe la calificación de lo sucedido para aquellos sectores que no exijan material e instalaciones importantes sino que descansan esencialmente en la mano de obra<sup>29</sup>.

Esta interpretación judicial (excepcional) no deja de ser criticable porque conforme venían señalado los Tribunales españoles a la luz de los estrictos términos del art. 44 ET, en una sólida doctrina, “lo decisivo para que exista subrogación empresarial no puede estar en que el titular continúe el servicio o actividad objeto de concesión administrativa y asuma el personal, cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo. Aquello supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir... desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno distinto del pago de la indemnización, recuperando los bienes que constituyen el *‘substratum’* objetivo de la empresa”<sup>30</sup>, debiendo imperar el criterio más seguro que recoge el precepto estatutario. No obstante, habrá que esperar a los pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo posteriores a la nueva doctrina del Tribunal Comunitario.

## 2.2.- LA INCIDENCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Teniendo en cuenta el principio de complementariedad, la subrogación también puede derivar, como mejora en el tenor legal, del convenio colectivo aplicable, sobre todo en aquellos sectores de la actividad caracterizados por la prestación de servicios con escaso

<sup>25</sup> STJCE de 20 de enero de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha), CLECE, S.A./María Socorro Martín Valor, Ayuntamiento de Cobisa (Asunto C-463/09).

<sup>26</sup> STJCE de 26 de noviembre de 2015 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco), ADIF/Algeposa Terminales Ferroviarios S.L. (Asunto C-509/2014).

<sup>27</sup> Por todas, SSTSJ, Social, Canarias/Las Palmas 16 enero 2009 (AS 855).

<sup>28</sup> STS, Social, 7 diciembre 2011 (RJ 2012/106).

<sup>29</sup> Significativamente, SSTS, Social, 17 octubre 2004 (RJ 7202), 25 enero 2006 (RJ 2687) y 23 octubre 2009 (RJ 5734).

<sup>30</sup> STS, Social, 5 febrero 1991 (RJ 800); en términos parecidos, STS, Social, 26 mayo 1987 (RJ 3886). Siguiéndolas, SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha 19 noviembre 1998 (AS 4517) y Madrid 17 (dos) mayo 2005 (AS 1522 y JUR 156066).

soporte material y, al tiempo, por una elevada intensificación de la mano de obra<sup>31</sup>. Procede hacer referencia, así, a efectos meramente ilustrativos, a lo previsto en el art. 43 del convenio colectivo estatal de jardinería<sup>32</sup>, el art. 14 del convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad<sup>33</sup>, el art. 17 del convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales<sup>34</sup>, el art. 9 del convenio colectivo estatal de contratistas ferroviarias<sup>35</sup>, el art. 27 del convenio colectivo estatal de empresas de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia<sup>36</sup> o los arts. 70 y 71 del convenio colectivo de servicios de atención a personas dependientes<sup>37</sup>. En tales supuestos, la jurisprudencia parece exigir que, para que la subrogación tenga lugar, ésta ha de "aparecer [necesariamente] impuesta por norma convencional eficaz"<sup>38</sup> y ejercerse en los términos y con el alcance en la misma señalada<sup>39</sup> en el convenio.

Estas cláusulas convencionales a favor del traspaso de trabajadores en el supuesto de sucesión de contratistas no pueden ser, sin embargo, de aplicación cuando la gestión del servicio revierte a la Administración u otro ente administrativo, en tanto dicha regulación convencional únicamente podría afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio, pero nunca a empleadores en él no incluidos<sup>40</sup>; es decir, el convenio colectivo "ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación"<sup>41</sup>, razón por la cual la subrogación incorporada en una norma paccionada no obligaría a la Administración, a menos que ésta fuera firmada por dicho órgano público asumiendo el compromiso, en los casos de reversión, de mantener las relaciones de trabajo suscritas con la antigua concesionaria, lo cual parece poco probable en estos momentos de crisis. La empresa concesionaria o contratista es, pues, quien debe proceder a la extinción de los contratos y al abono de las indemnizaciones.

De todas formas, tampoco hay que perder de vista que en alguna Corporación Local de escasas dimensiones, es el convenio colectivo de sector el que regula las condiciones de trabajo de los trabajadores no funcionarios. Surge, entonces, la duda de si la Administración

<sup>31</sup> RIZZO LORENZO, G.: "La subrogación convencional en los convenios colectivos estatales de los sectores más representativos: análisis transversal de algunos parámetros especialmente significativos", *Información Laboral*, núm. 5, 2015 (BIB 2015/1868).

<sup>32</sup> BOE de 20 de julio de 2013.

<sup>33</sup> BOE de 25 de abril de 2013.

<sup>34</sup> BOE de 23 de mayo de 2013.

<sup>35</sup> BOE de 24 de febrero de 2014.

<sup>36</sup> BOE de 5 de junio de 2010.

<sup>37</sup> BOE de 14 de mayo de 2012.

<sup>38</sup> SSTSJ, Social, Galicia 22 enero 2003 (AS 1962), Cataluña 17 febrero 2005 (AS 602) ó Comunidad Valenciana 6 octubre 2004 (JUR 24110) y 3 marzo 2005 (JUR 108712). En el mismo sentido, SSTJ, Social, 26 abril, 30 septiembre y 1 diciembre 1999 (RJ 4532, 9100 y RJ 2000, 516) y 17 mayo 2000 (RJ 4620) ó SSTSJ, Social, Asturias 30 diciembre 2002 (JUR 2003, 75141), País Vasco 20 abril 2004 (AS 2939), Navarra 30 junio 2004 (AS 2144) y Madrid 1 septiembre 2005 (rec. 2363/2005). Admitiendo la eficacia a estos efectos de un acuerdo de empresa, SSTSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 11 septiembre y 9 octubre 2000 (AS 4130 y 4148).

<sup>39</sup> Conforme señalan algunos pronunciamientos, "los efectos subrogatorios se limitan exclusivamente a la novación de los contratos de trabajo de los trabajadores que se integren en su plantilla `respetando sus antigüedades como el resto de los derechos adquiridos por el trabajador hasta el momento del cambio del contrato', sin que pueda hacerse extensiva su responsabilidad a las consecuencias derivadas de la posible aplicación del art. 44 ET, al no existir una subrogación en los términos previstos en dicha normativa, reguladores de los supuestos de sucesión de empresa [STSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 13 junio 2003 (JUR 178337); en sentido similar, SSTSJ, Social, Cantabria 24 junio 2004 (JUR 187624) y Castilla y León/Valladolid 18 mayo 2005 (AS 1585)]; o, en otros términos, la "norma convencional no prevé una subrogación igual o similar a la del art. 44 ET sino una nueva contratación tras un proceso de selección imponiendo sólo un porcentaje de nuevas contrataciones pero no la subrogación o novación de los contratos anteriores" [STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 31 enero 2002 (AS 2003, 721); aplicando dicha doctrina, SSTSJ, Social, Andalucía/Granada 7 enero 2004 (JUR 79463) ó Castilla y León/Valladolid 30 abril y 4 octubre 2004 (JUR 172544 y AS 2741)].

<sup>40</sup> Entre otras, SSTJ, Social, 14 diciembre 1994 (RJ 10093), 15 diciembre 1997 (RJ1136) y 22 mayo 2000 (RJ 4624) ó SSTSJ, Social, Extremadura 20 marzo 1995 (AS 1080), Murcia 13 octubre 1995 (AS 4044) y 28 julio 1999 (AS 2670), Andalucía/Granada 10 junio 1999 (AS 4042), Castilla-La Mancha 9 enero 2003 (AS 937), Extremadura 10 diciembre 2004 (AS 3383), Cataluña 22 septiembre, 19 octubre y 13 diciembre 2004 (JUR 281889 y AS 3451 y 4011) y Madrid 18 enero 2005 (AS 86).

<sup>41</sup> STS, Social, 28 octubre 1996 (RJ 7797) y SSTSJ, Social, Comunidad Valenciana 19 enero 1999 (AS 195), Murcia 5 junio 2000 (AS 5347) y Aragón 8 julio 2009 (JUR 399971).



que pase a prestar directamente el servicio se debería subrogar en la posición de la empresa anterior, debiendo entender que en tales supuestos la respuesta ha de ser afirmativa, pasando los afectados a ser considerados, tal y como establece algún pronunciamiento judicial, indefinidos no fijos al servicio del Ente público Local en cuestión si fueran trabajadores fijos de la empresa anterior, manteniéndose en su puesto de trabajo sólo hasta que la plaza se cubra por el procedimiento reglamentario o se amortice<sup>42</sup>.

En estos casos, tal y como ha reconocido alguna sentencia, procedería la subrogación parcial en la porción de la jornada de trabajo que los trabajadores desempeñaban en la contrata que se transmite, pero no en el resto de aquélla que queda inalterada y se deberá seguir prestando en los centros de trabajo respectivos de la empresa cedente ajenos al vínculo administrativo<sup>43</sup>. Todo ello sin olvidar, de un lado, que la aplicación del convenio colectivo del sector, como fuente reguladora de las condiciones de trabajo, se mantendrá hasta la fecha de la expiración del mismo o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable<sup>44</sup>, salvo pacto en contrario establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario (Administración) y los representantes de los trabajadores (art. 44.4 ET)<sup>45</sup>, interpretación que se puede deducir, aplicando *a sensu contrario*, un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud del cual las empresas privadas que continúen la prestación de un servicio anteriormente prestado por una Administración Pública deben respetar, si concurre una verdadera transmisión de empresa, el convenio colectivo vigente en el momento de la subrogación, si bien la celebración de un nuevo convenio colectivo para la Administración Pública no vincula a esa empresa privada, máxime cuando no ha podido intervenir en su negociación<sup>46</sup>.

La regla central sobre la que gira el art. 44.4 ET consiste en la voluntad de garantizar que la transmisión no altera, por sí misma, el convenio colectivo de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva transferida, puesto que el mismo seguirá rigiendo las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la transmisión, quienes, en contrapartida, no podrán exigir en un primer momento la aplicación del convenio colectivo de la empresa cesionaria por el mero hecho de la sucesión empresarial y tampoco de las modificaciones habidas en el convenio de origen con posterioridad a la transmisión. Esta garantía está sometida, además, a un límite temporal, que puede derivar de cualquiera de las siguientes circunstancias: la fecha de expiración del convenio de origen o la entrada en vigor de un convenio que resulte aplicable a la entidad traspasada que deberá ser un convenio negociado con posterioridad a la transmisión<sup>47</sup>.

Procede hacer referencia, a la postre, a un pronunciamiento judicial, que establece de una manera clara y sistemática el contenido de la obligación de subrogación

<sup>42</sup> STSJ, Social, Castilla-La Mancha 1 junio 2010 (rec. 106/2010), en la cual por la aplicación del convenio colectivo del sector limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, se declaró improcedente el despido de una trabajadora por entender que el Ayuntamiento quedó subrogado en la posición de la empresa contratista que había asumido las tareas de limpieza tras la terminación de la misma para asumirla directamente la Corporación Local. En el mismo sentido, STSJ, Social, Castilla-La Mancha 9 junio 2010 (rec. 176/2010), que entiende aplicable a una Entidad Local, ante la inexistencia de convenio propio, el respectivo convenio que regula cada concreta actividad (guarderías, limpieza, etc), en atención tanto a razones de equidad como de evitación de tratos desiguales.

<sup>43</sup> STSJ, Social, Castilla-La Mancha 2 junio 2015 (núm. 768/2015).

<sup>44</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “Transmisión de empresas y nuevas formas de organización productiva”, *Tribuna Social*, núm. 239, 2010, pág. 25.

<sup>45</sup> LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Los acuerdos de empresa”, en AA.VV (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y GOERLICH PSET, J.M., Coords.): *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2006, pág. 655.

<sup>46</sup> STJCE 246/2011, de 18 de julio de 2013, asunto *Alemo-Herron*.

<sup>47</sup> MORENO GENÉ, J.: “La integración de estudios universitarios sin transmisión de elementos materiales como supuesto de sucesión empresarial y sus efectos (a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 5 de marzo de 2015)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 41, 2015, págs. 27-28.

laboral en el marco de la contratación pública en el sentido siguiente: “a) la subrogación empresarial solo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la integración, es decir, los que en ese momento el interesado hubiere ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras; b) la obligación de subrogación no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad; c) el principio de continuidad en la relación de trabajo no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores; la subrogación no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador”<sup>48</sup>.

De otro, que tal y como ha señalado también el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, los representantes legales de los trabajadores que ejercían tal función en las empresas concesionarias de servicios públicos transferidos, en el supuesto enjuiciado, a un Ayuntamiento, continuarán desempeñando su función en las dependencias de este último, al igual que los directivos pues “el mero cambio de los máximos responsables jerárquicos (que ahora son el Alcalde y los respectivos Concejales) no puede de por sí menoscabar la autonomía de la entidad transmitida, a menos que los nuevos máximos superiores jerárquicos dispongan de facultades que les permitan organizar directamente la actividad de los trabajadores de la referida entidad y sustituir así a los superiores inmediatos de dichos trabajadores en la adopción de decisiones dentro de esta última”<sup>49</sup>.

### **2.3.- EL ESTABLECIMIENTO DE CLÁUSULAS SUBROGATORIAS EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES: LÍMITES**

Despejados estos interrogantes, es menester dar un paso más para aclarar cómo puede que la subrogación venga establecida en el pliego de condiciones, lo cual no es muy habitual, máxime cuando, como viene señalando la doctrina judicial, “los pliegos de cláusulas administrativas no están obligados a hacer referencia a la subrogación, ni como obligación, ni como condición que otorga puntos para la adjudicación... únicamente el órgano de contratación deberá conocer si respecto del contrato objeto de licitación se impondrá al adjudicatario la obligación de subrogación conforme a la normativa de régimen laboral, en cuyo caso deberá facilitar a todos los licitadores la información necesaria de los contratos existentes que puedan verse afectados por la subrogación, en cuyo caso es pertinente que esa información se complemente con la relativa a las condiciones de los contratos de los trabajadores afectados, lo que exigirá que el órgano de contratación requiera tal información de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora”<sup>50</sup>. Por tanto, podrían incluirse “cláusulas subrogatorias” expresa en el pliego sólo cuando se trate de una transmisión de empresa ex art. 44 ET por cumplir los requisitos allí previstos o exista una “cláusula subrogatoria” en el convenio

<sup>48</sup> STSJ, Social, Castilla y León/Burgos 6 febrero 2014 (rec. 60/2014), comentada por HENÁNDEZ JIMÉNEZ, H.M.: “Subrogación laboral en los contratos del sector público”, *Actualidad Administrativa*, núm. 5, 2014, págs. 1 y ss.

<sup>49</sup> STJCE 151/2009, de 29 de julio de 2010, asunto *Ayuntamiento Línea de la Concepción*.

<sup>50</sup> STSJ, Cont-Admtivo, Madrid 23 febrero 2011 (rec. 741/2009). Asimismo, Informe 58/2009, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa e Informe 6/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón. Igualmente, Resolución 58/2013 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía, Resolución 69/2013, de 28 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León y Resoluciones 181/2011 y 36/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

colectivo aplicable, lo cual garantiza lógicamente la “paz social” y la “colaboración sindical”, sin duda también necesarias para actuar eficazmente en la prestación de los servicios<sup>51</sup>. Recientemente, el Tribunal Supremo ha entendido que es obligatorio incluir en el pliego una cláusula que establezca la subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios en los supuestos de cambio de titularidad de la contrata al haberlo previsto así un Acuerdo entre la Entidad pública y los sindicatos<sup>52</sup>.

En definitiva, permítase la reiteración, como consecuencia de esta doctrina, los pliegos han de contener la información que exige el art. 120 TRLCSP únicamente en aquellos casos en los que la obligación de subrogación venga exigida por el convenio o pacto colectivo o normativa laboral<sup>53</sup>. Cabe matizar, a estos efectos, que la obligación de subrogación no resulta de los pliegos, sino de la normativa social, incluidos los convenios o pactos colectivos, de modo que, tal y como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, procede entender que el silencio en los pliegos de contratación sobre tal obligación de subrogación no exime al adjudicatario de tal deber laboral, en aplicación del tradicional principio jurídico “*ignorantia legis neminem excusat*”<sup>54</sup>. Ahora bien, esta interpretación ha sido matizada por la doctrina judicial, entendiendo que “son las normas laborales y los convenios colectivos los que establecen dicha obligación de subrogación y no la legislación contractual pública, pero ésta establece una obligación de información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte dicha medida, con la finalidad de que los licitadores puedan evaluar los costes laborales, de modo que el futuro licitador debe conocer la totalidad de obligaciones que asume en caso de resultar adjudicatario del contrato, que son, no solo las propiamente objeto del contrato, sino también aquéllas que proceden de otras normas distintas de la legislación contractual. Esta información a los licitadores se puede llevar a cabo en el propio pliego o en la documentación complementaria y para ello el antiguo concesionario viene obligado a proporcionar al órgano contratante dicha información”<sup>55</sup>. Dando un paso más, una reciente sentencia del Tribunal Supremo ha entendido que serán las circunstancias de cada caso en particular las que justifiquen si la subrogación debe valorarse como criterio de adjudicación, en atención a que el hecho de que sean esos trabajadores y no otros contratados *ex novo*, guarde directa relación con el objeto del contrato, pues en otro caso, es decir, si a efectos de ejecutar el objeto del contrato resulta irrelevante que se desarrolle con los trabajadores subrogados o con otros contratados al efecto, la subrogación podrá exigirse o no en los pliegos, pero no será elemento valorativo en la adjudicación<sup>56</sup>.

De todas formas, no hay que olvidar que la previsión de subrogación incluida en el pliego afectará a la nueva empresa concesionaria o contratista, pero no a la Administración que rescata el servicio para la prestación directa del mismo o que decide dejar de dispensarlo porque no está vinculada por los pliegos.

## 2.4.- LOS CAUCES PARA LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ANTE LA AUSENCIA DE SUBROGACIÓN

<sup>51</sup> SALA FRANCO, T.: “El acceso al empleo público laboral”, en AA.VV (ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., Coords.): *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Pamplona (Aranzadi), 2015, pág. 40.

<sup>52</sup> STS, Social, 4 junio 2013 (La Ley 4913/2013).

<sup>53</sup> STSJ, Social, Madrid, 12 febrero 2014 (rec. 1905/2011). También Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 17 de enero de 2014 (rec. 877/2013), Informe 2/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias, Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía de 27 de septiembre de 2013 (rec. 108/2013) y Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 5 de diciembre de 2012 (rec. 271/2012).

<sup>54</sup> Informe 58/2009, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

<sup>55</sup> STSJ, Social, Madrid 30 mayo 2013 (rec. 12011/2011).

<sup>56</sup> STS, Social, 4 junio 2013 (rec. 58/2012).

En el caso de que, por razones presupuestarias, la Administración decida dejar de dispensar el servicio que anteriormente tenía exteriorizado, cabe asistir a un proceso mixto (en primer lugar, la reversión de la actividad previamente exteriorizada a la Administración y, en unidad de acto, la decisión de ésta de no continuar con ella), consecuencia del cual la empresa concesionaria o contratista ha de proceder a extinguir por causas organizativas los contratos laborales afectados previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la normativa social de común aplicación que serán objeto de atención más adelante [despido objetivo –art. 52 c) ET— o despido colectivo –art. 51 ET–]<sup>57</sup>, poniendo a disposición de los trabajadores la indemnización prevista legalmente cifrada en 20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades. Otra cosa es que, como ha reconocido alguna sentencia, concurren los requisitos de una cesión ilegal de trabajadores por parte de la empresa contratista a la Administración, en cuyo caso se ha de reconocer la improcedencia del despido, y ante la imposibilidad de readmisión, debido a que no existe el centro de trabajo donde el trabajador prestaba servicios, procede extinguir los contratos de trabajo con las indemnizaciones pertinentes (antes 45, ahora 33 días de salario por año de servicio), siendo responsables solidarios la empresa adjudicataria y la Administración<sup>58</sup>.

### 3.- BONDADES Y RIESGOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL

Aun cuando son frecuentes los casos en los que la Administración decide, por razones de eficiencia económica, rescatar las contrataciones y concesiones existentes para dispensar de forma directa el servicio, lo cierto es que también es habitual que se siga utilizando el contrato administrativo con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida ha pasado a ocupar un lugar muy destacado en el quehacer de las Administraciones, decisión imprescindible en muchas ocasiones si se quiere lograr la ansiada eficacia y eficiencia en la dispensa del servicio a favor de los ciudadanos<sup>59</sup>. Esta vía permite, además, una mayor aplicación del principio de la competencia o del fomento de la competitividad también en el seno de la Administración Pública, en la medida en que supone sustituir parcialmente parte de su personal y de su organización por su provisión en el mercado<sup>60</sup>.

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta aquí el compromiso de estabilidad presupuestaria asumido por el Estado Español como consecuencia de la incorporación al sistema monetario europeo pues, tal como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, en no pocas ocasiones, la Administración se ve obligada a recurrir a la externalización como vía de ocultación de la deuda pública que permite el mantenimiento de las exigencias - cada vez mayores- de nuestro Estado de bienestar<sup>61</sup>. En otras ocasiones, este fenómeno obedece simplemente a la necesidad de dar respuesta a situaciones de urgencia o de acumulación de tareas, a la falta de preparación y formación de los empleados públicos o a la rigidez misma de algunas de las instituciones del derecho funcionarial, tal y como en ocasiones ha ocurrido con los horarios y la jornada de trabajo. Si, además –y por lo que aquí

<sup>57</sup> BODAS MARTÍN, R.: "Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral y de las Administraciones Públicas", en AA.VV (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid (CGPJ), 2000, pág. 307.

<sup>58</sup> STSJ, Social, Islas Baleares 24 octubre 2013 (rec. 470/2013).

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El fenómeno de la sucesión empresarial en la Administración Pública: requisitos y consecuencias de la aplicación de los arts. 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores*, Barcelona (Federación de Municipios de Cataluña), 2010, pág. 13.

<sup>60</sup> BASSOLS COMA, M.: "La externalización: tendencias en el Derecho Administrativo español", en *Le Esternalizzazioni, Atti del XVI Convegno degli amministratori italo-spagnoli*, Genova, 2006, Bologna, 2007, págs. 244 y ss.

<sup>61</sup> VILLAR ROJAS, F.: "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales", *Revista de Administración Pública*, 172, 2007, págs. 155 y ss.

interesa--, los daños que se causan como consecuencia del ejercicio de la actividad externalizada (contratada) se imputan directamente al contratista, como en principio parece desprenderse de lo previsto en el art. 214 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), la Administración podría servirse de esta muestra de la denominada “huida del Derecho Administrativo”<sup>62</sup> como un valioso instrumento que le permitiría directamente evadirse de la responsabilidad patrimonial en importantes parcelas de su actividad, a pesar de que es ésta una institución consagrada en la propia Constitución (art. 106).

Como fenómeno añadido, es muy habitual que el adjudicatario inicial ceda partes de su actividad a otros concesionarios y contratistas y así sucesivamente, de modo que se alarga la cadena de subcontratación con varias empresas involucradas.

### 3.1.- LA LAXA REGULACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DEL CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Cierto es que, para contratar con la Administración, cualquier empresa debe acreditar unos requisitos de personalidad y solvencia económica, financiera y técnica o profesional, pero con el fin de garantizar el buen fin del vínculo, el TRLCSP no se opone al recurso a la subcontratación del vínculo previamente adjudicado. En efecto, el art. 227 TRLCSP se encarga de aclarar que el fenómeno en virtud del cual el adjudicatario inicial concierta con un tercero la realización parcial de un contrato administrativo<sup>63</sup> implica únicamente que los subcontratistas no tendrán acción directa frente a la Administración contratante, quedando obligados ante el contratista principal, siendo este último el que seguirá asumiendo la total responsabilidad de la ejecución del vínculo contractual frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y --cómo no-- a los términos del propio contrato<sup>64</sup>. En la circunstancia de que el contratista inicial no es reemplazado de su posición respecto de la Administración reside precisamente la razón última por la que la legislación administrativa en esta materia se decanta por un criterio favorable hacia la posible materialización del fenómeno de la subcontratación en aras de la eficiencia de la propia contrata: no habiendo sustitución jurídica del adjudicatario, no se falsea la licitación, motivo por el cual los posibles celos acerca de este instrumento ceden y, en su lugar, emergen razones a favor de su aplicación, atendiendo, sobre todo, a la propia complejidad del objeto del contrato público<sup>65</sup>.

Esta permisividad ha provocado alguna controversia judicial que ha llegado a ser resuelta por el Tribunal Constitucional, tal y como ha sucedido en un supuesto en el cual un sindicato cuestiona la legalidad de la decisión de la Administración de externalizar tareas de apoyo técnico en lugar de encomendárselas al propio personal de la Tesorería General de la Seguridad Social, entendiendo el alto intérprete de la Norma Fundamental que “no puede considerarse desproporcionado exigir al sindicato recurrente del acto de adjudicación que hubiera impugnado previamente la convocatoria, ni tampoco el rechazo por parte de los órganos judiciales a que pudieran hacerse valer pretensiones relativas a la convocatoria del concurso a través del recurso promovido contra la resolución de adjudicación..., pues el perjuicio para el interés económico o profesional (defendido por la confederación sindical) se derivaría, en su caso, de la convocatoria del concurso para

<sup>62</sup> Entre muchos, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Reflexiones sobre la ‘huida’ del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996, págs. 25 y ss.; BORRAJO INIESTA, I.: “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1993, págs. 233 y ss. ó DEL SAZ CORDERO, S.: “La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones, aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995, págs. 201 y ss.

<sup>63</sup> MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid (La Ley), 1992, pág. 176.

<sup>64</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona (Bosch), 2003, pág. 513.

<sup>65</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Madrid (Civitas), 1997, pág. 17

externalizar las tareas controvertidas y no de la decisión de adjudicación del contrato a una determinada empresa licitadora en perjuicio de otras"<sup>66</sup>.

El TRLCSP únicamente establece la necesidad de comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y –cómo no-- la identidad del subcontratista, justificando, al tiempo, suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia [art. 227.2 b) TRLCSP]. Cumpliendo tal exigencia, cabe inferir la existencia de dos contratos perfectamente distintos: uno, de naturaleza pública, es decir, el del poder adjudicador con el agente adjudicatario, y, otro, de naturaleza privada, esto es, entre este último y un tercero<sup>67</sup>.

Tal diferenciación obligacional, clara desde el punto de vista teórico, no siempre lo está tanto en la práctica, tal y como se tratará de demostrar en las páginas siguientes.

### **3.2.- LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES**

El sistema de responsabilidad administrativa, que se hace recaer en exclusiva por el art. 214 TRLCSP sobre el adjudicatario, no implica, sin embargo, que los derechos de los trabajadores inmersos en el proceso de descentralización queden desprotegidos, pues la aplicación del art. 42 ET deja patente la existencia de una responsabilidad solidaria entre la Administración (*in casu*, Local), el contratista y los subcontratistas por las deudas salariales y de Seguridad Social contraídas por estos últimos con sus empleados. Llegar a esta conclusión, no es, sin embargo, fácil<sup>68</sup>.

Para combatir el riesgo de fraudes y de incumplimientos laborales que puede llevar aparejado el fenómeno de la subcontratación, en la medida en que la concurrencia de varios empresarios propicia la elusión de obligaciones y de responsabilidades, la Ley laboral establece una serie de cautelas o garantías en beneficio de los trabajadores, consistentes en el establecimiento, bien de determinadas obligaciones para la empresa principal respecto de los contratistas y subcontratistas, bien –por lo que aquí interesa-- de una responsabilidad solidaria de la principal para el supuesto de incumplimiento por parte de las empresas auxiliares de sus obligaciones laborales (retributivas e indemnizatorias siempre que tengan la condición de salario) o de Seguridad Social (falta de afiliación, alta, cotización o prestaciones de pago delegado) con su personal<sup>69</sup>, situación que en tiempo de crisis puede darse con mayor frecuencia que la deseada.

Así, en aras a evitar las posibles situaciones de desprotección para el trabajador, el art. 42 ET diseña un mecanismo destinado a depurar imputabilidades tanto del empleador directo como de los "empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad" cuando vayan referidas a las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social contraídas por el primero "durante el período de vigencia de la contrata". En concreto, el art. 42. 2 dispone: "el empresario principal... durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata. De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus

<sup>66</sup> STCo 183/2009, de 7 de septiembre (RTC 2009, 183).

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Madrid (Marcial Pons), 2005, pág. 127.

<sup>68</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid (Marcial Pons), 2006, págs. 17 y ss.

<sup>69</sup> SALA FRANCO, T.: "Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2005, págs. 1016-1017.

trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo”.

### 3.2.1.- El encaje del vínculo administrativo en el concepto de “contrata”

En tanto en cuanto el art. 42 ET se refiere expresamente a "los empresarios que contraten o subcontraten...", parece que está exigiendo a las dos partes involucradas en la contratación o subcontratación una determinada condición subjetiva que, en todo caso, deben reunir para que la responsabilidad en materia salarial y de Seguridad Social sea solidaria. Interpretada restrictivamente, en sentido económico o mercantil, dicha condición no alcanzaría a las Administraciones públicas, pues cuando éstas adjudican la ejecución de obras y la prestación de servicios a empresas privadas actúan sometidas al Derecho Administrativo y no obtienen, con carácter directo, lucro alguno que deban restituir<sup>70</sup>. Es más, las Administraciones contratantes no externalizan la obra o servicio público "por razón de una actividad empresarial", mención contenida en el último párrafo del art. 42 ET, sino como consecuencia de una "actividad de planificación o fomento" dirigida a la satisfacción de un interés general, razón por la cual los Entes públicos no serían, en una primera aproximación, "empresarios titulares" de una organización económica específica ni, consecuentemente, contraparte contractual frente al empresario contratista a efectos de imputación de responsabilidades ex art. 42 ET<sup>71</sup>.

Este fue el criterio judicial adoptado inicialmente en diversas sentencias del Tribunal Central de Trabajo y posteriormente mantenido en algunos de los ulteriores pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, quienes a los referidos argumentos han añadido consideraciones tan escasamente jurídicas como que, de interpretar lo contrario, la responsabilidad que recaería sobre la Administración impondría una carga demasiado pesada a la actividad pública de fomento<sup>72</sup>.

Ahora bien, pese a las iniciales reticencias de las instancias judiciales a aplicar el art. 42 ET cuando en el comitente concurre la cualidad de ser un Ente público, la doctrina científica ha admitido y continúa admitiendo tal posibilidad<sup>73</sup>, en especial, tras una serie de sentencias en las que de forma expresa se reconoce la aplicabilidad del mencionado precepto estatutario en el ámbito de las Administraciones públicas<sup>74</sup>, no en vano el término "contratas y subcontratas" utilizado por la norma tiene un marcado carácter "atécnico"<sup>75</sup>.

Cuando la Administración comitente y el empresario contratista conciertan la gestión por este último de un servicio público encargado por la primera, por regla general, están celebrando un contrato administrativo-empresarial cuya ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos por parte del adjudicatario al servicio de la

<sup>70</sup> SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 194.

<sup>71</sup> GOERLICH PESET, J.M.: "Actividades laborales externalizables: régimen jurídico", en *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid (Lex Nova), 2002, pág. 119.

<sup>72</sup> SSTCT 19 enero y 8 marzo 1982 (Ar. 168 y 1439); SSTS, Cont-Admtivo, 10 diciembre 1986 (RJ 1987, 1034) ó SSTSJ, Cont-Admtivo, Baleares 5 diciembre 1992 (AS 1992, 519), Navarra 22 marzo 1994 (AS 1994, 891) y 28 abril 1995 (AS 1995, 1355), País Vasco 17 octubre 1995 (AS 1995, 3718) ó Cataluña 22 enero 1996 (AS 1996, 174).

<sup>73</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AA.VV.; *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia (Lex Nova), 2000, págs. 148 y ss.; GALA DURÁN, C.: "La responsabilidad empresarial en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", en AA.VV.: *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Valladolid (Lex Nova), 2001, págs. 226 y ss.; LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia (Laborum), 2003, págs. 35 y ss. ó NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de `contrata de propia actividad`*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2004, pág. 37.

<sup>74</sup> Entre muchas, SSTSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 12 enero 1998 (AS 1998, 1173), Castilla-La Mancha 23 marzo 1998 (AS 1998, 1282), Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1998, 1242 y 1805) y 24 diciembre 1999 (AS 1999, 4356), Cataluña 14 septiembre 1999 (AS 1999, 3045), Murcia 18 diciembre 2000 (AS 2000, 4167) y Madrid 13 junio 2001 (AS 2001, 2811).

<sup>75</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1992, págs. 114 y ss.

Administración por razón de ese encargo. El objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del titular de la concesión como parte accidental del ciclo de actuación de la Administración. Esta circunstancia supone, en la práctica, la incorporación indirecta por el Ente público del trabajo de los operarios del adjudicatario, lo cual provoca consecuencias importantes desde el punto de vista laboral. Esa relación fáctica de trabajo entre la Administración Local comitente y el trabajador al servicio del contratista o concesionario no puede pasar desapercibida, lógicamente, para el Derecho del Trabajo<sup>76</sup>.

Como con acierto se ha dicho, "es precisamente la prestación de servicios de los trabajadores de una empresa --el adjudicatario-- para otra --la Administración-- la que hace que esas relaciones interempresariales, en principio extralaborales, pasen a tener trascendencia para el ordenamiento jurídico social"<sup>77</sup>, motivo por el cual todo tipo de cargas y responsabilidades que la Administración pueda tener con los empleados del adjudicatario deriva directamente del vínculo suscrito entre el Ente público y dicho titular de la contrata o concesión a partir del cual se origina la relación mediata de trabajo<sup>78</sup>. En principio, la condición pública del organismo que adjudica la gestión indirecta de un servicio público no puede hacer olvidar ni transmutar la naturaleza de la prestación, razón por la cual su dispensa indirecta no debería afectar al *solidum* legal; de hecho, de no haberse exteriorizado la actividad, la Administración Local sería el empleador inmediato<sup>79</sup>.

Por otra parte, el contrato administrativo encaja sin trauma alguno en el concepto de "contrata", tal y como ha reconocido expresamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en varias ocasiones: "una interpretación del reiterado art. 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto 'contratas y subcontratas' celebradas por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de 'concesión administrativa' ya que, de un lado, la generalidad de los términos 'contratas o subcontratas' no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otro, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el Ente público, dueño de la obra que se explota o del servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida"<sup>80</sup>. De esta manera, "entendida la contrata como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero, este tercero puede ser una empresa pero puede ser también la Administración que, utilizando el mecanismo de la concesión administrativa, adjudica la gestión de un servicio a quien corresponda según los términos de la convocatoria y cumpliendo los trámites establecidos al efecto por el Derecho Administrativo"<sup>81</sup>.

Estas reflexiones vienen a avalar la necesidad de extender el mecanismo de la responsabilidad solidaria por incumplimiento de las obligaciones salariales y con la Seguridad Social previsto en el art. 42 ET, no sólo al contratista o concesionario, que

<sup>76</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", en AA.VV.: *Comentarios a las leyes laborales*, Vol. VIII, Madrid (Edersa), 1988, pág. 105.

<sup>77</sup> GOERLICH PESET, J.M.: "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales", *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1997, pág. 125.

<sup>78</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1996, pág. 6.

<sup>79</sup> QUIRÓS HIDALGO, G.: "Algunas cuestiones sobre la atribución de responsabilidades ex art. 42 ET en un supuesto de contrata encargada por una sociedad cooperativa de viviendas, a su vez concesionaria de un Ayuntamiento", *Aranzadi Social*, núm. 4, 2005, pág. 15.

<sup>80</sup> SSTS, Social, 18 marzo 1997 (RJ 1997, 2572), citando a su vez las SSTS, Social, 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (RJ 5900, 6910, 8628, 9464, 9844 y 9867). Con carácter más reciente, SSTS, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2008, 2775, 4233 y 359050).

<sup>81</sup> STSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 2000, 262). En parecido sentido, STSJ, Social, Madrid 18 enero 2005 (AS 2005, 86).



procede a subcontratar parte de la actividad asumida, sino a la propia Administración Local comitente. El principal problema en la materialización de tal objetivo radica, no obstante, en el hecho de que el TRLCSP es muy claro al establecer una previsión básica y fundamental: es el contratista o concesionario el único obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros por la explotación de una contrata o concesión administrativa a no ser que (única excepción) tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia de una orden de la propia Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma (art. 214)<sup>82</sup>.

Tal régimen jurídico, derivado de lo previsto en el TRLCSP, debe ser matizado, empero, atendiendo a la normativa laboral que persigue fines tuitivos distintos. Sin duda el art. 42 ET no fue redactado pensando en el ámbito contractual público, pero pretender en todo caso la exoneración de responsabilidad de la Administración comitente alegando que su actividad de fomento no entraña ejercicio de "actividad empresarial", supone un trato diferenciado carente de justificación frente al sector privado y una discriminación con efectos previsiblemente negativos para los trabajadores de los empresarios con quienes contrate<sup>83</sup>. Así, "a la Administración le debe alcanzar la responsabilidad en materia laboral y de Seguridad Social por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entre en relaciones de derecho privado..., (de modo que) ésta no puede desentenderse de ninguna manera de los daños que cause la actuación del adjudicatario o las empresas auxiliares con las que éste subcontrate parcelas de la prestación del servicio público asumido"<sup>84</sup>.

La normativa laboral no ha arbitrado una respuesta específica a estas cuestiones, de modo que el régimen legal previsto en el art. 42 ET de responsabilidad empresarial solidaria en caso de contratas y subcontratas es aplicable no sólo al supuesto de hecho de contratas o subcontratas de naturaleza privada, sino también a las contratas y concesiones administrativas. Más claro se debería haber manifestado, en este sentido, el TRLCSP, excepcionando del principio de responsabilidad directa y exclusiva por parte del adjudicatario aquellos daños causados a terceros (trabajadores) relacionados con deudas de tipo salarial o con la Seguridad Social, para adoptar aquí el principio de responsabilidad solidaria, sin limitarse a establecer el deber del contratista de informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral [indicando, por tanto, el nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa subcontratista, el objeto y la duración de la subcontrata, el lugar de ejecución, el número de trabajadores que serán ocupados en la subcontrata en el centro de trabajo del contratista y las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales (arts. 214.6 TRLCSP)], pues tal previsión, pese a ser importante, se queda, sin duda, corta a la luz de los términos empleados por el art. 42 ET.

### **3.2.2.-El parámetro de imputación de responsabilidad solidaria por deudas salariales y con la Seguridad Social: la noción de "propia actividad"**

<sup>82</sup>REBOLLO PUIG, M.: "Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro", *Poder Judicial*, núm. 20, págs. 23 y ss.; BOCANEGRA SIERRA, R.: "Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 18, 1978, págs. 397 ó DE AHUMADA RAMOS, F.J.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Pamplona (Aranzadi), 2000, págs. 232 y ss.

<sup>83</sup>SANTOR SALCEDO, J.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 196.

<sup>84</sup>SSTS, Cont-Admto, 19 mayo 1987 (RJ 1987, 3615) y 9 mayo 1989 (RJ 1989, 4487). En la doctrina, GONZÁLEZ NAVARRO, F.: "Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público", *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, 1976, págs. 215 y ss. ó ARIÑO ORTIZ, G.: "El servicio público como alternativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, 1979, pág. 552.

El sistema de la garantía solidaria instrumentado por el art. 42 ET, de aplicación también a los supuestos de descentralización de vínculos contractuales públicos, queda supeditado, no obstante, al cumplimiento de una exigencia *sine qua non*: que el objeto de la contrata o concesión administrativa pertenezca a la "propia actividad" de la Administración comitente, concepto jurídico harto problemático, pues la frontera entre lo principal y lo accesorio no siempre resulta nítida ni mucho menos generalizable, máxime cuando las Administraciones públicas no realizan una sola o preferente actividad sino una pluralidad de ellas, consecuencia a su vez de la multiplicidad de funciones y ámbitos de actuación asignados a su competencia.

La alusión genérica a la "propia actividad" --"*vexata quaestio*", expresión ambigua en extremo, de difícil aprehensión y "sobre todo enormemente escurridiza"<sup>85</sup>-- dificulta en gran medida la determinación de las situaciones de hecho a partir de las cuales desencadenar todas las consecuencias previstas en el ET, buena muestra de lo cual viene dada por las inseguras e insatisfactorias conclusiones alcanzadas al respecto por la doctrina<sup>86</sup> y la consiguiente necesidad de un recurso permanente a los pronunciamientos judiciales para poder encontrar un poco de luz en la materia. Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial de la conexión de las obras o servicios contratados con la finalidad productiva y las necesidades normales del comitente, puede considerarse "actividad propia" de las Administraciones públicas toda aquélla realizada en el ejercicio de las competencias y atribuciones que la normativa estatal, autonómica y local, les encomiendan expresamente, lo cual desencadenaría la responsabilidad de la Administración en cualquier supuesto. Excluidas las funciones públicas que impliquen ejercicio de autoridad, la contratación administrativa puede tener cualquier objeto siempre que "su necesidad para los fines del servicio público" se justifique en el expediente administrativo, de modo que cualquier contrato de la Administración cumpliría el requisito señalado.

No parece, sin embargo, procedente entender que todo contrato administrativo, por el hecho de justificarse su necesidad para los fines de servicio público, se entienda incluido en el concepto "propia actividad" a efectos de imputación de responsabilidades laborales a la Administración, pues dicha noción no puede identificarse con cualquier actividad contratada, aunque el expediente de contratación así lo declare por imperativo legal<sup>87</sup>. Es necesario imponer, por tanto, una modulación del concepto acorde con la limitación objetiva que incorpora la norma social. La realización en régimen descentralizado de obras y servicios competencia de las Administraciones públicas debe perseguir la satisfacción del interés general, pero no todas las obras ni todos los servicios contratados se dirigen directa e inmediatamente a la satisfacción de ese interés público. Al igual que en el ámbito privado, existen servicios complementarios necesarios para el ejercicio de la función pública descentralizada, pero no "inherentes" a la misma, y obras contratadas cuya ejecución no constituye propiamente función o cometido específico de la Administración<sup>88</sup>.

El criterio de la conexión con la finalidad pública de la actividad objeto de contrata o concesión debe ser completado, por ello, con otros, como el de la "sustitución" o el de la "proyección pública" del servicio contratado. A tenor del primero, cabría sostener que el objeto del vínculo administrativo se corresponde con la "propia actividad" de la

<sup>85</sup> RIVERO LAMAS, J.: "Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral", en AA.VV.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona (Aranzadi), 2003, pág. 41.

<sup>86</sup> Para un sector de la doctrina, "propia actividad" equivale a total igualdad de las actividades, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), pág. 31. Para otros es suficiente con la sustituibilidad, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La regulación protectora del trabajo en las contrata", *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972, pág. 37. No falta quien, sin embargo, identifica la expresión legal con el núcleo de la actividad empresarial, CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontrata", cit., págs. 130-131.

<sup>87</sup> SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 204.

<sup>88</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, cit., págs. 39 y ss.

Administración comitente cuando, de no haberse concertado su prestación indirecta, la propia Administración tendría que gestionarlo necesariamente por sí misma con su propio personal. De acuerdo con el segundo, el indicio de exteriorización productiva vendría dado por la existencia de servicio público con efectiva proyección o incidencia *ad extra*<sup>89</sup>. A la postre, el calificativo "inherente" a la Administración de un servicio contratado dependería del destinatario del mismo: de ser el ciudadano el usuario del servicio, la Administración habría descentralizado su "propia actividad" en el ejercicio regular de su función pública; de ser la propia Administración la destinataria, el servicio sería necesario para su funcionamiento pero accesorio o puramente instrumental para la satisfacción del interés general.

Este último es el parámetro que parece haber adoptado casuísticamente la doctrina de los Tribunales<sup>90</sup>. La mayor parte de las resoluciones judiciales vienen a considerar cómo aquellas actividades que respondiesen a las previsiones fijadas en la normativa específica que reparte y atribuye las funciones y competencias de las diferentes Entidades administrativas formarían parte del concepto "propia actividad" y, en consecuencia, caso de proceder a su contrata, sería de aplicación el mecanismo de la responsabilidad solidaria entre Administración comitente y contratista, siempre y cuando el destinatario último fuera el ciudadano<sup>91</sup>. La pauta más utilizada (insegura a todas luces) viene siendo, por tanto, la de la pertenencia material al "ciclo productivo" ("núcleo duro" o "actividades imprescindibles") pero con una versión marcadamente finalista, pues, como resulta impropio hablar de "ciclo productivo" en una Administración pública, se ha optado por considerar que efectivamente existe "propia actividad" cuando la obra o servicio contratado esté dirigido a la consecución de fines propios de la competencia específica de la Administración contratante, con la condición de que ello redunde en beneficio de la colectividad<sup>92</sup>.

Por poner algunos ejemplos capaces de manifestar que aún no están claramente definidos los perfiles de un criterio interpretativo objetivo que tenga vocación de validez generalizada para la interpretación del requisito de la "propia actividad" de una Administración pública, cabe destacar cómo con tal fundamento se ha declarado que forma parte de este concepto "el servicio de retirada de vehículos mal aparcados"<sup>93</sup>, "el mantenimiento de piscinas municipales"<sup>94</sup> o "polideportivos"<sup>95</sup>, "la limpieza y cuidado de los jardines públicos"<sup>96</sup>, "ciertas tareas de vigilancia"<sup>97</sup>, "el mantenimiento de una estación depuradora de aguas"<sup>98</sup>, "la explotación de un teatro perteneciente a un ente autonómico"<sup>99</sup>, "la gestión del servicio de asistencia de minusválidos psíquicos profundos"<sup>100</sup>, "la gestión de centros de reinserción juvenil"<sup>101</sup>, "la asistencia a mujeres víctimas de violencia de género"<sup>102</sup>, "la adjudicación administrativa de comedores escolares"<sup>103</sup>, "la toma de datos

<sup>89</sup> CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: "Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos", *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, págs. 24 y ss.

<sup>90</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2000, págs. 153 y ss. ó MARTÍN JIMÉNEZ, R.: "Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1999, págs. 705-710.

<sup>91</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "El concepto de 'propia actividad' empresarial", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2000, pág. 168.

<sup>92</sup> SSTS, Social, 18 enero 1995 (RJ 1995, 514) y 15 julio 1996 (RJ 1996, 5990).

<sup>93</sup> STSJ, Social, Andalucía/Málaga 24 diciembre 1999 (AS 1999, 4356).

<sup>94</sup> STSJ, Social, Andalucía/Málaga 5 mayo 2005 (rec. 558/2005) y Madrid 17 mayo 2013 (rec. 3276/2012).

<sup>95</sup> STSJ, Social, Murcia 18 diciembre 2000 (rec. 956/2000).

<sup>96</sup> SSTSJ, Social, Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1998, 1242 y 1805).

<sup>97</sup> STS, Social, 18 enero 1995 (RJ 1995, 514).

<sup>98</sup> STSJ, Social, País Vasco 17 febrero 1998 (AS 1998, 759).

<sup>99</sup> STSJ, Social, Madrid 27 enero 1999 (AS 1999, 96).

<sup>100</sup> STSJ, Social, Canarias 12 enero 1998 (RJ 1998, 6216).

<sup>101</sup> STSJ, Social, Comunidad Valenciana 4 mayo 2005 (rec. 3297/2004).

<sup>102</sup> STSJ, Social, Madrid 27 octubre 2003 (rec. 4546/2003).

<sup>103</sup> STS, Social, 27 julio 1998 (RJ 1998, 6216).

para la informatización de un servicio"<sup>104</sup>, "el transporte sanitario ordinario por parte de un ente autonómico de salud"<sup>105</sup>, "la gestión de un centro de atención a ancianos"<sup>106</sup>, "la gestión de talleres de formación juvenil"<sup>107</sup>, "la atención telefónica de un sistema de emergencias de un servicio público de salud"<sup>108</sup> o "la coordinación en materia de seguridad y salud en unas obras de construcción promovidas por una Fundación pública"<sup>109</sup>.

Por el contrario, se ha marginado del ámbito aplicativo del concepto aquí analizado "la contrata suscrita por una Consejería para efectuar una mudanza"<sup>110</sup>, "la concesión de una cafetería"<sup>111</sup>, "las obras de construcción y remodelación de un edificio contratadas por una Comunidad Autónoma"<sup>112</sup>, "la prestación de servicios de seguridad o vigilancia en edificios públicos"<sup>113</sup>, "la limpieza de los entes docentes públicos de una ciudad"<sup>114</sup>, "el encargo procedente del servicio público de empleo para impartir un curso de formación"<sup>115</sup>, "la promoción de espectáculos públicos"<sup>116</sup>, "la gestión y control de la ITV dependiente de una Comunidad Autónoma"<sup>117</sup>, "el alquiler de vehículos para la atención de los juzgados de guardia que, esporádicamente, es utilizada para el transporte de cargos de la Administración Autonómica"<sup>118</sup>, "el control de operaciones de primera venta en la Lonja del puerto de los productos de pesca, en relación con la función de la autoridad portuaria"<sup>119</sup> o "unas obras de construcción", en las cuales la Administración asume la posición de mero promotor, comenzando la cadena de contratistas y, por tanto, responsables, en la primera empresa constructora<sup>120</sup>. También, se han entendido excluidas, en el ámbito educativo, aquellas actividades contratadas por las AMPAS, como "comedores escolares"<sup>121</sup> o "bibliotecas de centros"<sup>122</sup>.

La remisión al casuismo y la constante adaptación del precepto, a través de su interpretación, al entorno social en que ha de aplicarse conjuga mal con la seguridad jurídica, valor que, ciertamente, resulta primordial en una disposición normativa como el ET, donde interactúan distintos intereses (de los trabajadores, de la Administración, del contratista o concesionario, de los empresarios participantes...) <sup>123</sup>. El problema principal que se plantea es la distinción de las actividades necesarias respecto de las accesorias y, dentro de estas últimas, identificar cuáles resultan esenciales para la consecución del fin perseguido por la Administración Local en beneficio de la colectividad y cuáles no. Se trata de un interrogante cuya respuesta sólo puede darse --como se ha visto-- de forma particularizada, con las limitaciones y los inconvenientes que de dicho método derivan<sup>124</sup>: la falta de seguridad o

<sup>104</sup> STSJ, Social, Cataluña 25 enero 2002 (AS 2002, 1079).

<sup>105</sup> SSTS, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2008, 2775, 4233 y 359050).

<sup>106</sup> SSTS, Social, 5 diciembre 2011 (rec. 4197/2010) y 30 marzo 2012 (rec. 4197/2010).

<sup>107</sup> STSJ, Social, Madrid 30 mayo 2005 (rec. 1845/2005).

<sup>108</sup> STSJ, Social, Andalucía/Málaga 9 septiembre 2004 (rec. 956/2004) y 13 enero 2005 (rec. 958/2004).

<sup>109</sup> STSJ, Social, 17 octubre 2013 (rec. 1415/2013).

<sup>110</sup> STSJ, Social, Madrid 12 julio 1997 (AS 1997, 2632).

<sup>111</sup> STSJ, Social, Castilla-La Mancha 17 marzo 2004 (rec. 1298/2002) y Andalucía/Sevilla 25 junio 2005 (rec. 3651/1995).

<sup>112</sup> STSJ, Social, Cataluña 23 septiembre 1998 (AS 1998, 6948).

<sup>113</sup> SSTS, Social, 18 enero 1995 (RJ 1995, 514) y 15 julio 1996 (RJ 1996, 5990).

<sup>114</sup> STSJ, Social, Cataluña 1 febrero y 1 abril 1997 (AS 1997, 712 y 1994).

<sup>115</sup> STS, Social, 29 octubre 1998 (AS 1998, 9049).

<sup>116</sup> STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 1 julio 2003 (rec. 186/2003).

<sup>117</sup> STSJ, Social, Andalucía/Granada 16 julio 2003 (rec. 186/2003).

<sup>118</sup> STSJ, Social, Cataluña 17 marzo 2003 (rec. 5395/2002).

<sup>119</sup> STSJ, Social, Andalucía/Málaga 26 abril 2002 (rec. 1564/2005).

<sup>120</sup> STS, Social, 3 julio 2012 (rec. 2948/2011), citando, a su vez, las SSTS 20 julio 2005 (rec. 2160/2004) y 2 octubre 2006 (rec. 1212/2005).

<sup>121</sup> STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 17 octubre 2002 (rec. 1947/2002).

<sup>122</sup> STSJ, Social, Cataluña 19 mayo 2003 (rec. 3279/2002).

<sup>123</sup> MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2004, pág. 138.

<sup>124</sup> GARCÍA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981, pág. 29.

certeza<sup>125</sup>. Siempre será difícil, por no decir imposible, fijar unas fronteras claras de lo que por propia actividad hay que entender, pues no existe un concepto *in rerum natura* que permita fijar con validez universal las distintas fases y operaciones que integran el mismo, resultando imposible determinar con rotundidad si una concreta actividad forma parte o se integra en un ciclo productivo cuyos límites se desconocen<sup>126</sup> y, por tanto, provocará la responsabilidad solidaria de la Administración Local por las deudas salariales y con la Seguridad Social contraídas por sus contratistas y concesionarios y sus subcontratistas.

### 3.2.3.-La nula virtualidad de la exención de responsabilidad de la Administración prevista en los pliegos de condiciones

No es infrecuente, como crítica adicional, que en los pliegos de condiciones ("ley primordial del contrato" o "*lex inter partes*")<sup>127</sup> se incorporen, a favor de la Administración comitente, cláusulas exoneratorias de la responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento por el concesionario o los sucesivos subcontratistas de la normativa laboral y de protección social.

Como con acierto se ha dicho, "la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración como ley primordial del contrato, resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego"<sup>128</sup>.

El pliego de condiciones se conforma como receptor del acervo jurídico, económico y técnico al cual ha de ajustarse la licitación, adjudicación y ejecución de los contratos<sup>129</sup> y, al ser conocido por la empresa al presentarse al concurso y aceptado de manera expresa en el momento de firmar la concesión, vinculará a las partes en cuanto a sus términos y alcance<sup>130</sup>. La autoexoneración de responsabilidad prevista en dicho documento hace depender, no obstante, la aplicabilidad de una norma imperativa, como es el art. 42 ET, de la voluntad unilateral de la parte obligada a cumplirla, lo cual no puede ser admitido en ningún caso, pues dicho precepto estatutario establece un régimen de responsabilidad empresarial solidaria a favor de los trabajadores indisponible para las partes e inderogable para la Administración<sup>131</sup>.

Siguiendo a la mejor doctrina, "estos pliegos carecen de sustancia normativa en sentido propio, en cuanto simples piezas integrantes del contenido de un contrato, que extraen su fuerza precisamente de su inclusión en el mismo por los contratantes"<sup>132</sup>, razón por la cual "el carácter de *lex contractu* de los pliegos está en función de que no se vulneren

<sup>125</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Propia actividad y contrata", *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1996, pág. 42.

<sup>126</sup> NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2004, pág. 115.

<sup>127</sup> STS, Cont-Admto, 4 octubre 1982 (RJ 1982, 6318).

<sup>128</sup> STS, Cont-Admto, 9 julio 1988 (RJ 1988, 5880).

<sup>129</sup> SSTSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 2000, 262) y Cataluña 9 marzo 2001 (AS 2001, 1456).

<sup>130</sup> SSTS, Social, 7 noviembre 1991 (RJ 1991, 813) y 5 abril 1993 (RJ 1993, 2906). También, SSTSJ, Social, Madrid 10 junio 1998 (AS 1998, 2587), Cataluña 3 enero 2000 (AS 2000, 1657), Galicia 5 y 12 diciembre 2000 (AS 2000, 3972 y 3740), Canarias/Las Palmas 28 noviembre 2000 (JUR 2001, 119829) y 30 enero 2002 (AS 2002, 2236), País Vasco 23 noviembre 2002 (JUR 2003, 81739) y La Rioja 11 y 18 noviembre 2003 (JUR 2004, 100009 y AS 2004, 707).

<sup>131</sup> GARCÍA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1998, pág. 20.

<sup>132</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 14ª edición, Madrid (Civitas), 2008, pág. 680.

preceptos de derecho necesario supraordenados a las partes"<sup>133</sup>. Tres argumentos avalan esta conclusión<sup>134</sup>: a) De conformidad con el art. 25 del TRLCSP, las Administraciones públicas pueden concertar los pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las normas y principios superiores del ordenamiento. b) La falta de impugnación en tiempo y forma convalida los posibles vicios de los pliegos, que adquieren, por ello, eficacia jurídica, pero esta regla no alcanza a los vicios de nulidad de pleno derecho, en cuyo caso su denuncia no está sujeta a plazo preclusivo alguno<sup>135</sup>. c) El art. 2 del Convenio número 94 de la OIT, relativo a las cláusulas de trabajo de los contratos celebrados para la ejecución de obras y servicios públicos, garantiza a los trabajadores de los contratistas implicados en la contrata condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para trabajos idénticos en el ámbito privado, de donde cabe inferir la prohibición de derogación *in peius* del régimen tuitivo establecido en la normativa laboral, máxime si dicha derogación obedece a una decisión unilateral del comitente público.

Una prohibición expresa en el TRLCSP de la inclusión de este tipo de cláusulas exoneratorias en los pliegos evitaría, no obstante, muchos problemas planteados en la práctica.

#### 4.- UN SUPUESTO CONEXO: LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

##### 4.1.- CRITERIOS JUDICIALES SOBRE EL ARTÍCULO 43 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Descrito el fenómeno de la contratación y subcontratación, es fácil situarse en el horizonte de una institución diferente, con una regulación completamente autónoma, como es la cesión ilegal de trabajadores del art. 43 ET, a través de la cual se interpone una figura entre empleador y empleado, con el único objeto, en la mayor parte de los casos, de simular que trabajadores que se encuentran completamente integrados en la estructura, funcionamiento y dinámica de la plantilla de una empresa, no forman parte de la misma, sino de una tercera persona que se presenta formalmente como el empresario contratante. Este fenómeno no es ajeno a las Administraciones Públicas, más bien al contrario, se repite de manera insistente más aún teniendo presente los límites a la contratación que son propios en este marco. Recuérdese que para poder reclutar personal se debe proceder a la oportuna convocatoria dentro de la oferta de empleo público, la cual está sometida a limitaciones presupuestarias y a las exigencias de sostenibilidad y equilibrio financiero, con la muy conocida tasa de reposición, siendo, además, obligatoria la aplicación de los principios de mérito y capacidad a la hora de proceder al acceso<sup>136</sup>.

Subsistente el veto de las actividades de tráfico ilícito de mano de obra a la luz del art. 43 ET, no cabe ni la contratación de trabajadores por la Administración para que presten servicios a favor de una empresa ni el supuesto más usual de trabajadores contratados por empresas que realizan su actividad para la Administración. La vulneración de esta premisa acarrea las consecuencias de solidaridad en la responsabilidad y de reconocimiento de un derecho de opción al trabajador afectado entre adquirir la condición de fijo (indefinido no fijo

<sup>133</sup> SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª edición, Madrid (Marcial Pons), 2004, pág. 202, con gran apoyo jurisprudencial.

<sup>134</sup> SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 214.

<sup>135</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 21 octubre 1981 (RJ 1981, 4614) y 4 noviembre 1997 (RJ 1997, 8158).

<sup>136</sup> VILA TIerno, F.: "Contratas y subcontratas en la Administración Pública y otros supuestos de 'externalización' o descentralización. Límites a su utilización", en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A. y MONEREO PÉREZ, J.L., Dirs.): *Reestructuración de las Administraciones Públicas. Aspectos administrativos y laborales*, Granada (Comares), 2015, págs. 321 y ss.

si se trata de una Administración)<sup>137</sup> en la empresa cedente o en la cesionaria, tal y como establece el precepto estatutario citado<sup>138</sup>.

Llegar a esta conclusión exige, no obstante, levantar el velo para determinar la existencia del verdadero empresario más allá del fenómeno interpositorio, lo cual resulta especialmente difícil cuando no estamos ante la presencia de un mero empleador aparente sin patrimonio ni organización productiva donde la existencia de cesión ilegal no ofrece dudas<sup>139</sup>, sino ante una empresa real que se diferencia de la comitente por la plantilla, estructura, instalaciones y actividad económica desarrollada, supuesto este último en el que el indicio más claro de fraude radica en que quien aparece como empresario no asume funciones de dirección y organización de personal<sup>140</sup>. Ahora bien, se aprecia cierta excepcionalidad a la aplicación de esta tesis, en primer lugar, en aquellos casos de colaboración reglada entre varios departamentos u organismos públicos vinculados por subvenciones finalistas de una Administración de ámbito territorial superior aportante de los medios necesarios ejerciendo un "poder directivo general"<sup>141</sup>. En segundo término, la conclusión judicial vertida anteriormente también se torna insegura cuando la colaboración se articula mediante una encomienda de gestión por parte de la Administración a través de la creación de una empresa instrumental sobre la cual la primera se reserva las facultades de control, en cuyo caso los tribunales han venido interpretando que únicamente si la actividad desarrollada por el trabajador no se encuentra entre las justificadas técnicamente en la propia encomienda, se trata de una cesión ilícita<sup>142</sup>. No obstante, en algunas ocasiones el propio Tribunal Supremo se aparta de este último parámetro, entendiendo que el aspecto que dilucida la existencia de una cesión ilegal es exclusivamente la dependencia de los trabajadores respecto de la entidad principal, integrándose en su ordenación y funcionamiento y bajo su esfera de dirección, independientemente de que las funciones desarrolladas estuvieran amparadas o no por dicha encomienda<sup>143</sup>.

#### 4.2.- EL RECURSO A LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL COMO EMPRESAS DE SERVICIOS

La única posibilidad legítima que el ordenamiento jurídico ofrece de contratar trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa (léase Administración) radica en hacerlo a través de empresas de trabajo temporal (ETTs) debidamente autorizadas, siendo posible también que actúen, tras la reforma introducida por la Ley 3/2012, como agencias de

<sup>137</sup> SSTS, Social, 12 mayo 2008 (RJ 2008, 4121), 13 julio 2009 (RJ 2009, 6087) y 4 julio 2012 (rec. 967/2012).

<sup>138</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo", en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (La Ley), 1994, pág. 342 y ss. y *Las empresas de trabajo temporal en España*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1994, págs. 43 y ss.; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: "Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, núm. 34, 1994, pág. 525; MERCADER UGUINA, J.R.: "La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 14, 1994, pág. 37 ó RAMOS MORCILLO, M.J.: "El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal", *Revista Técnico Laboral*, núm. 68, 1996, pág. 292.

<sup>139</sup> Tal y como sucede con el personal contratado por una empresa para hacer idénticas funciones que las de los funcionarios adscritos a la Consejería de Agricultura de la Generalitat Valenciana [STS, Social, 19 junio 2012 (rec. 2200/2011)]; o respecto del personal de vigilancia de incendios forestales de Galicia [STS, Social, 27 septiembre 2011 (rec. 4095/2010)]; o la vigilancia de un parque nacional en relación al Organismo Autónomo de Parques Nacionales [SSTS, Social, 28 enero 2011 (rec. 1784/2010), 4 julio 2012 (rec. 967/2011) y 5 noviembre 2012 (rec. 4282/2011)].

<sup>140</sup> STS, Social, 20 octubre 2014 (CENDOJ 28079140012014100660). Es el caso, por ejemplo, de unos servicios de atención psicológica prestados a través de un Colegio Profesional, siendo la Administración correspondiente quien retribuía dichos servicios [SSTS, Social, 1 febrero 2005 (rec. 2353/2013)].

<sup>141</sup> STSJ, Cantabria, 18 mayo 2013 (rec. 197/2013), comentada por FALGUERA BARÓ, M.A.: *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*, Albacete (Bomarzo), 2015, pág. 75.

<sup>142</sup> STSS, Social, 12 julio 2012 (DEJ 2012/149803), 5 diciembre 2013 (EDJ 2013/273982), 14 mayo 2014 (CENDOJ 280791400120141000385), 16 septiembre 2014 (CENDOJ 28079140012014100550) y 4 febrero 2015 (CENDOJ 28079140012015100021) y STSJ, Social, Murcia 4 mayo 2015 (CENDOJ 30030340012015100360).

<sup>143</sup> SSTS, Social, 3 diciembre 2013 (CENDOJ 28079140012013100881) y 19 febrero 2014 (CENDOJ 2807914001201400069).

colocación, de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo<sup>144</sup>, en una tendencia expansiva en la que ha incidido también el Real Decreto Ley 3/2013, que habilita la posibilidad de celebrar no solo los contratos para obra o servicio determinado, eventual y de interinidad (a los que se refiere el art. 15 ET), sino también, como novedad, contratos para la formación y aprendizaje (regulados en el art. 11.2 ET) con trabajadores que van a ser puestos a disposición de una empresa usuaria. Quedan fuera, por tanto, los contratos en prácticas. En esta misma idea insiste la Ley 11/2013, de 26 de julio, que, como novedad, introduce también una reforma en la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT), con el fin de permitir la celebración de contratos de puesta a disposición en los supuestos de contratos de trabajo de primer empleo joven (art. 12). Todo ello sin olvidar que el Real Decreto Ley 8/2014 amplía las competencias de las ETTs, pudiendo asumir también "actividades de formación para la cualificación profesional conforme a la normativa específica de aplicación, así como de asesoramiento y consultoría de recursos humanos"<sup>145</sup>.

Aclarados tales extremos y el impulso proporcionado a las ETTs por el ordenamiento jurídico laboral, es necesario volver la vista a atrás para dar cuenta del progresivo proceso de liberalización de la intervención de las ETTs en el ámbito público. Sin necesidad de citar antecedentes más remotos, la disposición adicional 5ª Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP de 2007), actualmente derogada, prohibía, antes de la reforma operada por la Ley 35/2010, la celebración de "contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precisara la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos"<sup>146</sup>, estableciendo, además, que, vencido el plazo de duración (fijado como máximo en seis meses), no podía producirse consolidación como personal fijo de quienes, procedentes de las citadas empresas, realizaran los trabajos que constituían el objeto del contrato de puesta a disposición<sup>147</sup>. Ciertamente es que con tal previsión se intentaba salvaguardar el respeto a los principios de mérito y capacidad que pautan el acceso al empleo público, pues la intervención de la Administración quedaría ceñida únicamente a decidir cuál será la concreta ETT con la cual se iba a suscribir el contrato de puesta a disposición, siendo ésta la encargada de suministrar la mano de obra requerida, aplicando el principio de libertad de contratación empresarial. No menos cierto resulta, sin embargo, que los términos de la excepcionalidad resultaban excesivamente amplios, pues si bien estaba claro cuanto cabía entender por "encuestas" y "toma de datos", no lo estaba tanto la determinación de cuáles eran los trabajos "de naturaleza análoga" a los anteriores, no en vano parecía hacer referencia a actividades de soporte administrativo de configuración excesivamente laxa<sup>148</sup>,

<sup>144</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: "Intermediación y políticas activas de empleo: una urgente reforma que brilla por su ausencia", *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, pág. 147.

<sup>145</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: "Servicios públicos de empleo y agencias de colocación", CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J. (coords.): *Guía práctica de la Reforma Laboral de 2010*, Laborum, Murcia, 2010, pág. 227.

<sup>146</sup> APILLUELO MARTÍN, M.: "Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública", QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" ó SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", todos en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid (MTSS), 2000, págs. 448 y ss., 889 y ss. y 967 y ss., respectivamente; MOLINER TAMBORERO, G.: "La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos", en AA.VV (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid (CGPJ), 2000, págs. 103 y ss. ó FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid (CEF), 1995, págs. 193 y ss.

<sup>147</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 8 de septiembre de 2007, núm. 95-I.

<sup>148</sup> QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", cit., pág. 889. No es infrecuente la intervención de una empresa de trabajo temporal para la realización de encuestas anuales por el INE o para la cobertura de tareas de soporte administrativo en el período de matriculación de estudiantes en centros escolares o universitarios. SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", cit., pág. 967.



incluyendo actividades (demasiado amplias) a cubrir también por la vía laboral ordinaria: contratos para obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción. La única limitación al efecto prevista era la duración de estos contratos (también harto arbitraria), no en vano finalizarían, no cuando concluyera la tarea (de aplicación sólo en las empresas privadas), sino en el momento en el cual expirara el término fijado en el negocio de puesta a disposición, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga y sin que en ningún caso (como límite improrrogable) la duración máxima pudiera superar los seis meses, pretendiendo eliminar la aplicación de lo previsto en el art. 7.2 LETT, esto es, sin posibilidad de consolidación como personal indefinido. El motivo para apoyar esta opción legal enlazaba con la inviabilidad de que, a partir de irregularidades formales o de infracciones cometidas por las Administraciones Locales, los empleados de la ETT pudieran llegar a asegurarse en los puestos de trabajo como fijos<sup>149</sup> (mejor, indefinidos no fijos). Es decir, se intentaba no afectar a las Entidades Locales presupuestariamente con costes fijos y adicionales de personal, al tiempo que se tenía en cuenta la obligada proyección de los concursos y oposiciones en los procesos de acceso al empleo público<sup>150</sup>.

La promulgación del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, intentando dar respuesta a las previsiones de la Directiva 2008/104, de 19 de noviembre, cuyo objetivo principal es la remoción de barreras para que las organizaciones productivas puedan recurrir a las ETTs, planteó serias dudas en el ámbito del sector público (incluido el Local), pues introdujo una nueva disposición adicional 4ª en la Ley 14/1994 con el siguiente tenor: “a partir del 1 de enero de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes a la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, con la única excepción de lo establecido en la disposición adicional segunda de esta ley. A partir de esa fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos”.

No quedaba claro, en consecuencia, si tal previsión iba a implicar la posibilidad de que las Administraciones Locales pudieran acudir a las ETTs sin las restricciones hasta ese momento existentes, porque no se derogaba de manera expresa la disposición adicional 5ª LCSP de 2007. Ello provocó importantes incertidumbres, dando lugar a interpretaciones radicalmente diferentes de sus efectos, de ahí que en su tramitación parlamentaria el texto transcrito sufriera importantes modificaciones<sup>151</sup>.

Menos ambigua se manifiesta, al final, la Ley 35/2010, que introdujo nuevas previsiones legales que clarificaron el deseo de su predecesora a la hora de proceder a suprimir la limitación de la contratación de ETTs por parte de las Administraciones Públicas (incluidas las Locales). Introduce, así, una nueva disposición adicional 4ª en la LETT con tres objetivos claros tendentes a evitar una posible contradicción del régimen jurídico preexistente con las directrices del Derecho Comunitario relativas a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, interpretadas en sentido amplio por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea<sup>152</sup>:

<sup>149</sup> AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2003, pág. 1088.

<sup>150</sup> LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “La promoción del recurso a las empresas de trabajo temporal en el proceso de reformas laborales: alcance y efectos de una auténtica reconversión empresarial”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2012, pág. 51.

<sup>151</sup> CALVO GALLEGOS, F.J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, núm. 21-22, 2010, pág. 188.

<sup>152</sup> SSTJCE 35/70, de 17 de diciembre de 1970, asunto *Manpower*; 232/84, de 3 de octubre de 1985, asunto *Tordeur* y otros ó 202/97, de 10 de febrero de 2000, asunto *Fitzwilliam Technical Services*.

1.- Derogar, a partir –en nuevo plazo– del 1 de abril de 2011, la disposición adicional 5ª LCSP de 2007. Ello responde a la transposición de la Directiva 2008/104, donde expresamente, en su art. 4, se establece que cualquier limitación o restricción al recurso de las ETTs deberá estar justificada exclusivamente en las mismas razones que la Ley 35/2010 determina y copia casi literalmente: proteger a los trabajadores por exigencias de seguridad y salud laboral; garantizar el buen funcionamiento del mercado y evitar posibles abusos<sup>153</sup>.

2.- Establecer por el Gobierno, previa negociación en la Mesa General, los criterios de aplicación de las limitaciones o prohibiciones referidas, como ya consta, a “razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos”. Se trata de establecer unas pautas comunes o unos parámetros homogéneos a seguir en aras a evitar conflictos internos a la hora de proceder al recurso a las ETTs por parte de las Administraciones<sup>154</sup>. Dicha Mesa, “órgano permanente y estable de negociación”<sup>155</sup>, servirá como punto de encuentro de las Administraciones del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, por un lado, y de las organizaciones sindicales representativas, por otro, a la hora de negociar temas, como el presente, “que resultan susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica” (art. 36 EBEP)<sup>156</sup>.

Si a la llegada de la fecha prevista, el 1 de abril, no se hubiera producido, como así ha sucedido, la fijación de los criterios funcionales de aplicación previstos, podrán suscribirse contratos de puesta a disposición con las Administraciones Públicas (incluidas las Locales) respetando los límites establecidos en la disposición adicional segunda LETT, quedando, por ende, vetada su intervención en trabajos que impliquen contacto con radiaciones ionizantes en zonas controladas (según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, modificado por Real Decreto 1439/2010, de 5 de noviembre); con agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera o segunda categoría (según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, así como sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico); o con agentes biológicos de los grupos 3 y 4 (según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico)<sup>157</sup>.

3.- Vetar la suscripción de contratos de puesta a disposición entre Administraciones Públicas y ETTs para realizar tareas (no puestos) que, por norma de rango legal, están reservadas a funcionarios públicos (sean de carrera, de empleo o interinos), concepto ambiguo y de concreción variable a tenor de lo dispuesto en el art. 92.3 LBRL<sup>158</sup>. En efecto, esta definición negativa de la parcela en la que pueden entrar las ETTs y sus trabajadores cedidos en las tareas de las Administraciones Locales es altamente imprecisa, pues, en una primera aproximación, podría pensarse que la regulación parece

<sup>153</sup> CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y BLASCO DE LUNA, F.J.: “Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de trabajo temporal”, en AA.VV (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): *La reforma del mercado de trabajo: la Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Valladolid (Lex Nova), 2010, pág. 328.

<sup>154</sup> MARÍN ALONSO, I.: “El empleo público laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2009, pág. 43.

<sup>155</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: “Derechos colectivos de los empleados públicos”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *Manual de Empleo Público*, 1ª edición, Madrid (Iustel), 2008, pág. 593.

<sup>156</sup> RIVERO LAMAS, J. y DEL VAL TENA, A.: “Derecho a la negociación colectiva. Representación y participación institucional”, en AA.VV (MONEREO PEREZ, J.L., et alii, Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Granada (Comares), 2008, pág. 365. Por extenso, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Art. 36. Mesas generales de negociación”, en AA.VV (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª edición, Pamplona (Aranzadi), 2009, pág. 333.

<sup>157</sup> CALDERÓN PASTOR, F.J.: “Las empresas de trabajo temporal tras la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo”, *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 11, 2010, págs. 13-14.

<sup>158</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en las Administraciones Públicas”, *La Ley*, núm. 7588, 2011, pág. 3.

que deja expeditos solamente aquellos cometidos que puedan ser desempeñados en puestos de trabajo de naturaleza laboral temporal, pero como expresamente no lo dice, cabría argumentar también que no todos los quehaceres de naturaleza laboral temporal podrán ser contratados con una ETT. No cabe duda, en consecuencia, que las relaciones de puestos de trabajo, concebidas como instrumentos de ordenación y clasificación de personal, en los que se precisan los requisitos para el desempeño de cada plaza así como sus características retributivas, van a jugar un papel muy importante, pues sólo los puestos que se califiquen en tales catálogos como temporales podrán ser objeto de cobertura a través de contratos de puesta a disposición. No cabe duda que en los puestos de trabajo que aparezcan en las relaciones reservados a funcionarios, la contingencia de su vacante deberá solventarse con funcionarios interinos<sup>159</sup>, sin olvidar tampoco cómo queda vetado el recurso a las ETTs cuando se trate de contrataciones derivadas de subvenciones –de la Unión Europea, del Estado o de una Comunidad Autónoma—que tengan como finalidad la contratación directa de trabajadores subrepresentados o con problemas de integración<sup>160</sup>. En todo caso, lo que está claro es que a partir del mes de abril de 2011 es posible acudir a los servicios de las ETTs para la realización de tareas de los puestos de trabajo no reservados funcionarios, aunque en realidad estén ocupados por integrantes de tales cuerpos<sup>161</sup>.

A la vista de esta nueva regulación y de la desaparición en el TRLCSP de las limitaciones anteriormente existentes, no cabe duda que la cesión de trabajadores a través de ETTs en el sector público se ha liberalizado enormemente, pudiendo hacerlo para la cobertura temporal de aquellas tareas que no estén reservadas a funcionarios públicos por norma de rango de ley y respetando las restricciones que en un futuro puedan establecerse y estén justificadas por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos. De esta forma, el legislador parece guiarse por pautas meramente economicistas, permitiendo a las Administraciones Públicas Locales reclutar mano de obra de forma indirecta y abonar su precio sin cargo al capítulo I (de donde sale el presupuesto para el pago de las nóminas), liberándose del encorsetamiento de las normas de personal tan estrictas en los momentos de crisis presentes<sup>162</sup>.

Pero tales razones resultan más que dudosas, pues no tienen en cuenta que el coste de la contratación a través de ETTs no va a ser nada despreciable<sup>163</sup>, no en vano estas empresas tendrán que abonar los salarios y las retribuciones previstas en el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración correspondiente (empresa usuaria), lo cual va a repercutir lógicamente en el precio acordado en el contrato de servicios (de puesta a disposición) con la Administración. En consecuencia, contratar a través de ETTs puede resultar más caro a los Entes públicos que si recurrieran a los mecanismos dispuestos para el reclutamiento directo<sup>164</sup>, máxime si se tienen en cuenta los dos extremos siguientes: de un lado, en los supuestos en los que la Administración Local haga un uso indebido del contrato de puesta a disposición, va a responder, tal y como

<sup>159</sup> CAMPOS DAROCA, J.M.: *Empleo público laboral. Puestos de trabajo, clases de empleados públicos laborales, y extinción de la relación laboral*, Málaga (Fundación Asesores Laborales), 2011, pág. 232.

<sup>160</sup> MADRID YAGÜE, P.: “Contratación administrativa y empresas de trabajo temporal”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 28, 2012, pág. 176.

<sup>161</sup> MAURI MAJÓS, J.: “Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública”, en AA.VV.: *El empleo público local ante la crisis*, Madrid (Fundación Democracia y Gobierno Local-CEMCI), 2011, pág. 168.

<sup>162</sup> CABEZA PEREIRO, J.: *La reforma de las empresas de trabajo temporal*, Albacete (Bomarzo), 2011, pág. 183.

<sup>163</sup> LÓPEZ GANDÍA, J.: “La reforma laboral de 2010 y la evolución del Derecho del Trabajo: otra vuelta de tuerca”, *Revista de Derecho Social*, núm. 51, 2010, pág. 251.

<sup>164</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, Madrid (La Ley), 2012, pág. 455.

establece la propia LETT, solidariamente de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia de dicho contrato de puesta a disposición, así como de la indemnización económica derivada de la extinción del contrato de trabajo (doce días de salario por año de servicio)<sup>165</sup>; de otro, el trabajador va a quedar vinculado a la Administración por tiempo indefinido (en la condición de indefinido no fijo, aplicando doctrina judicial ya conocida) si continuara prestando servicios en la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición<sup>166</sup>, sin que dicha consecuencia pueda enervarse, en vía judicial, por lo dispuesto en el art. 301 TRLCSP, en virtud del cual “a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante”.

En este contexto, cabe mencionar dos importantes cautelas adicionales:

Por una parte, el art. 20.2 Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, restringe la posibilidad de suscribir contratos de puesta a disposición con ETTs a “supuestos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de servicios públicos esenciales...”, “previa autorización del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”.

Por otro, la disposición adicional 1ª Real Decreto Ley 20/2012 establece, recogiendo los términos de las recomendaciones del Tribunal de Cuentas vertidas en la moción núm. 827 y en la Resolución de 27 de octubre de 2010, la necesidad de que los órganos de contratación dicten las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado (léase aquí a través de una ETT), de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral (como trabajador indefinido no fijo) ante una cesión ilegal, no en vano los Tribunales han venido entendiendo que “existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo real y no aparente, no pone en juego su organización, entendiendo por tal sus medios materiales y organizativos propios y, en consecuencia, no ejerce respecto del trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario de una manera real y efectiva. El hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien pague los salarios y quien le dé de alta en la Seguridad social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista. Tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal que la empresa cedente contrate también determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben las órdenes de la empresa cesionaria”<sup>167</sup>.

Además de las responsabilidades que pudieran derivarse, aclara que en los supuestos en los que los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración en virtud de sentencia judicial, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los organismos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias. No se aplica, por tanto, tal y como había entendido la doctrina judicial el convenio colectivo

<sup>165</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en las Administraciones Públicas”, *Diario La Ley*, núm. 7588, sección tributaria, 14 marzo 2011.

<sup>166</sup> SSTs, Social, 17 septiembre 2002 (RJ 10649), 23 abril 2009 (RJ 3839), 17 diciembre 2010 (RJ 1601), 28 febrero y 9 marzo 2011 (RJ 2984 y 3118).

<sup>167</sup> Por todas, STS, Social, 4 julio 2012 (rec. 967/2011), que considera existente cesión ilegal entre la empresa de transformación agraria (TRAGSA) y el Organismo Autónomo Parques Nacionales (OAPN).

que en el momento de la cesión ilegal fuera de aplicación en la empresa correspondiente hasta la expiración de su vigencia o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio que resultara de aplicación en la entidad cedente<sup>168</sup>.

Llegados a este punto, procede dar un paso más en aras a dilucidar si las ETTs pueden actuar en el sector público Local no sólo como cedentes de trabajadores en misión, sobre lo que no hay duda alguna, sino también como agencias de colocación, no en vano el art. 31.6 Real Decreto legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (LE) permite con carácter general a las ETTs tal posibilidad. Para dar respuesta a este interrogante, procede traer a colación la obligatoriedad de acudir a las oficinas públicas cuando se trate de seleccionar personal temporal por parte de las Administraciones Públicas (incluidas las Locales)<sup>169</sup>. Así, la disposición adicional segunda Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se ordenan las agencias de colocación, establece textualmente que “en los supuestos en los que las normas que regulen los procedimientos para la selección de personal de carácter temporal al servicio de las Administraciones Públicas permitan acudir a los servicios públicos de empleo, éstas utilizarán exclusivamente los servicios de los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas o, en su caso, del Servicio Público de Empleo Estatal”. La única duda que puede plantear la redacción de este precepto es la relativa al concepto de Administración al que va referido, esto es, si se limita, tal y como establece el art. 2 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a los Entes de base territorial (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales) y a los organismos dependientes de los anteriores o se amplía al sector público en el sentido que indica el art. 3.1 TRLCSP, solución esta última que parece más adecuada<sup>170</sup>.

Por su parte, la nueva disposición adicional trigésima segunda TRLCSP, introducida por la Ley 11/2013, deja claro que no podrán ser objeto de los contratos marco entre los Servicios Públicos de Empleo y las agencias privadas “las actuaciones de intermediación laboral que puedan preverse en los procedimientos de selección de personal laboral temporal por parte de las Administraciones Públicas, debiendo realizarse dicha intermediación exclusivamente y de manera directa por los correspondientes Servicios Públicos de Empleo”.

En fin, a la vista de las incertidumbres y dificultades interpretativas suscitadas sobre el panorama que se ofrece a las Administraciones Públicas en relación con las tareas que pueden contratar o no con las ETTs, sería muy recomendable la promulgación de una norma de rango reglamentario que clarificara la cuestión, desarrollando a tal efecto lo previsto en la disposición adicional 4ª LETT. Como no puede ser de otra manera, la postura que se adopte deberá conjugar el necesario equilibrio entre los principios constitucionales de mérito y capacidad que pautan el acceso al empleo público y el de libertad de prestación de servicios por las ETTs que marca el Derecho Comunitario.

## **5.- SUPRESIÓN, DISOLUCIÓN Y FUSIÓN DE ENTIDADES ADMINISTRATIVAS**

La utilización por parte de la Administración de las vías que el ordenamiento jurídico ofrece de privatización formal de ciertas actividades, materializada a través del recurso a órganos instrumentales sometidos al Derecho Privado (sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones...) provoca importantes consecuencias laborales, sobre todo en los supuestos de desaparición o fusión de la entidad que se ha hecho cargo de la prestación de la actividad pública externalizada, fenómeno que ha

<sup>168</sup> SSTS, Social, 15 diciembre 1998 (rec. 4424/1997), 11 octubre 2002 (rec. 920/2002) y 12 enero 2005 (rec. 10/2004).

<sup>169</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “Servicios públicos de empleo y agencias de colocación”, en AA.VV (CAVAS MARTÍNEZ, F. y LUJÁN ALCARAZ, J., Coords.): *Guía práctica de la Reforma Laboral de 2010*, Murcia (Laborum), 2010, pág. 227.

<sup>170</sup> MADRID YAGÜE, P.: “Contratación administrativa y empresas de trabajo temporal”, cit., pág. 184.

experimentado un incremento creciente tras el inicio del proceso simplificador del sector público empresarial y fundacional impulsado en los últimos años para favorecer la reducción, racionalización y saneamiento de estas entidades en aras a dar cumplimiento a los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

### **5.1.- SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE LA SUCESIÓN EMPRESARIAL. ESPECIAL REFERENCIA AL SECTOR PÚBLICO DE CATALUÑA**

Procede aclarar que las causas desencadenantes del paulatino proceso de adelgazamiento llevado a cabo a nivel estatal<sup>171</sup>, autonómico<sup>172</sup> y local<sup>173</sup> sobre las entidades adyacentes o instrumentales pueden ser variadas y de no difícil concurrencia práctica: cumplimiento del fin recogido en sus estatutos, llegada del término final fijado en los mismos o, cómo no, decisión de la propia Administración de la que aquellas entidades dependan motivada en muchos casos por la necesidad de ahorro ante la escasez de recursos. Aun cuando tales técnicas de optimización en la gestión del gasto público conllevan, como consecuencia lógica, la extinción de la personalidad jurídica de la entidad afectada, consecuencia del proceso de racionalización, aplicando el procedimiento de despido colectivo [art. 49.1 g) ET], siempre lógicamente que no haya un nuevo organismo o entidad que asuma las competencias y los medios de la anterior (art. 44 ET), lo cierto es que alguna resolución judicial ha apreciado la existencia de fraude de ley en algunos de estos supuestos.

Así ha sucedido, por ejemplo, en los despidos de la totalidad de los trabajadores de los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Tecnológico de Andalucía y pago de las indemnizaciones con una subvención extraordinaria de dicha Comunidad Autónoma, con carácter previo a la disolución de dichos consorcios,

<sup>171</sup>Por Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012, se crea la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), que presentó un informe a 21 de junio de 2013, planteando las siguientes medidas en el seno de la Administración General del Estado: a) Organismos Autónomos que se suprimen, integrándose sus medios en la organización ministerial correspondiente, que asume las funciones que estos tienen atribuidas. b) Organismos Autónomos que se fusionan e integran en otros existentes, con fines generales y que aportan mayor volumen de recursos y actividad. c) Organismos Autónomos que asumen las funciones y medios de un Centro directivo adscrito hasta el momento a la organización ministerial. d) Fusión de Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social en una única Entidad. e) Supresión de las Entidades mancomunadas de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. f) Eliminación de Consorcios; g) Supresión de Fundaciones, pérdida de la condición de Fundación Pública, cambio de Ministerio de adscripción o, en su caso, de Protectorado y transformación en organismo público. h) Supresión de Entidades Públicas, integrándose sus medios en la organización ministerial. i) Extinción de Sociedades mercantiles. j) Organismos Autónomos y Agencias Estatales que integran sus servicios comunes. Por Real Decreto 479/2013, de 21 de junio, se creó la Oficina para la Ejecución de la Reforma de la Administración, como órgano encargado de la ejecución coordinada, seguimiento e impulso de las medidas incluidas en el informe mencionado. Seguidamente se ha aprobado el Real Decreto 701/2013, de 20 de septiembre, de racionalización del sector público y la Orden HAP 1816/2013, de 2 de octubre, por la que se recoge el Acuerdo de adopción de medidas de reestructuración y racionalización del sector público fundacional y empresarial. En fin, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, se encarga de plasmar las medidas legislativas necesarias, tanto para la reordenación del sector público institucional, como de otros ámbitos de la actividad administrativa.

<sup>172</sup>Entre otras, Ley 1/2013, de 21 de mayo, de la Generalidad Valenciana, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional; Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del sector público de Andalucía; Ley 11/2011, de 20 de diciembre, de reestructuración del sector público de Cataluña para agilizar la actividad administrativa, modificada por la Ley 2/2014, de 27 de enero, que encomienda al Gobierno el diseño de un plan para concretar las propuestas de extinción, disolución, fusión o integración, previo análisis de las entidades que presentan una o más de las siguientes características: a) bajo nivel de actividad productiva o de prestación de servicios; b) bajo presupuesto; c) número reducido de personal; d) grado elevado de dependencia económica y financiera de la Generalidad; e) escasa alineación de la misión, objetivos y actividad a los objetivos fijados en los planes estratégicos departamentales; f) actuación en una misma política sectorial departamental, fijando los servicios y recursos comunes que deben mancomunarse para obtener economías de escala. Dicho Plan ha sido aprobado por el Decreto-ley 4/2010, de 3 de agosto, de medidas de racionalización y simplificación de la estructura del sector público de la Generalidad de Cataluña.

<sup>173</sup>La LRSAL, de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, intenta acotar el amplio desarrollo que se ha producido en el sector instrumental local (empresarial y fundacional), muchas veces no justificable ni atendiendo a su objeto, ni por la necesidad de personificación que del mismo se deriva, ni por la complejidad jurídica, económica, financiera, organizativa y estructural que la creación de entes lleva consigo, tal y como ha señalado el Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización del sector público local correspondiente a los años 2006, 2007 y 2008. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Reestructuración del sector público local: las plantillas laborales ante la supresión de entes y estructuras administrativas", *Revista de Estudios Locales*, núm. 172, 2014, págs. 12 y ss.

impidiendo la subrogación empresarial que atribuía al Servicio Andaluz de Empleo la legislación autonómica<sup>174</sup>. También se aprecia la concurrencia de fraude de ley en el despido colectivo de la plantilla de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, pues antes de que por Ley se extinga la Agencia, se toma la decisión de despedir a toda la plantilla de la misma para evitar que el órgano administrativo que a partir de dicha extinción realice las funciones que aquella tenía encomendadas, tenga que hacerse cargo del personal que las venía desarrollado, entendiendo el Tribunal que “es muy difícil que en el ámbito de las Administraciones Públicas pueda producirse la extinción del contrato de trabajo por la causa de la extinción de la personalidad jurídica del contratante, dado que normalmente en dicho ámbito, cuando se produce la extinción de un ente público, las competencias y funciones del organismo extinguido se transfieren a otro”<sup>175</sup>.

Tales pronunciamientos obligan a recordar las explicaciones anteriormente vertidas sobre la aplicación del art. 44 ET a los supuestos en presencia. Así, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que únicamente operará el fenómeno subrogatorio previsto en este precepto estatutario, esto es, la obligación del nuevo empresario que asume la prestación del servicio de hacerse cargo de los trabajadores, si se dan los requisitos para ello, esto es, por una parte, si lo transmitido tiene el carácter “de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma” y, por otra, “afecta a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio”. En definitiva, se ha de traspasar un conjunto de bienes e infraestructuras dotados de autonomía que garanticen la eficiencia en la prestación del servicio público a los usuarios por la nueva entidad para que esté obligada a hacerse cargo de los trabajadores respetando sus derechos previos. En segundo término, aun no siendo de aplicación el mecanismo subrogatorio atendiendo a lo previsto en el art. 44 ET, puede que tal obligación venga establecida en el convenio colectivo aplicable en cuyo caso habrá que atender a los términos del propio convenio. En tercer lugar, aun cuando no concurren los dos presupuestos anteriores, es decir, no sea pertinente la aplicación del principio de sucesión de empresa por falta de cumplimiento de los requisitos del art. 44 ET y tampoco hubiera previsión convencional de aplicación, es posible, lo cual es más frecuente, que se determine la sucesión empresarial en las disposiciones normativas adoptadas para la reestructuración que se pronuncian expresamente sobre las condiciones de trabajo del personal afectado. Así ha ocurrido, recurriendo a un ejemplo reciente, con el personal funcionario y laboral que venía prestando servicios en el extinto Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el empleo, que, por expreso mandato del Real Decreto 122/2015, de 27 de febrero, ha pasado conservando sus condiciones anteriores a la nueva entidad de derecho público trabajo penitenciario y formación para el empleo.

En el marco de la Generalitat de Cataluña, procede detener la atención, en primer lugar, en el Decreto Ley 4/2010, de 3 de agosto, de medidas de racionalización y simplificación de la estructura del sector público de la Generalidad de Cataluña, que acoge expresamente el principio de sucesión empresarial en los siguientes supuestos:

1.- Se extingue el Instituto para la Promoción y la Formación Cooperativas, pero el personal se integra y pasa a depender del departamento competente en materia de trabajo, dentro del cual se integra también el presupuesto (art. 1.2).

2.- Se crea la Agencia de Calidad y Desarrollo Profesional en Salud, cuyo personal se rige por el derecho laboral, sin perjuicio de la posibilidad de adscripción de personal funcionario de acuerdo con los sistemas previstos en la normativa de función pública,

<sup>174</sup> SSTs, Social, 14 febrero 2014 (rec. 143/2013), 17 febrero 2014 (rec. 143/2013), 18 febrero 2014 (rec. 151/2013), 20 febrero 2014 (rec. 116/2013) y 23 septiembre 2014 (rec. 310/2013).

<sup>175</sup> STS, Social, 26 junio 2014 (rec. 219/2013).

quedando reservado el ejercicio de funciones que comporta el ejercicio de potestades públicas al personal funcionario. El personal estatutario de los servicios de salud y el personal funcionario de la Administración de la Generalidad que se adscriba a la Agencia o pase a prestar servicios en ella, pasará a la situación administrativa que corresponda de acuerdo con la normativa en materia de función pública. En todo caso, se debe garantizar que se les mantendrán los derechos que les correspondan de acuerdo con la normativa aplicable a cada una de las situaciones. La selección del personal propio de la Agencia se debe llevar a cabo de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y el resto de principios previstos en la normativa aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (art. 8). El personal laboral que, en el momento de entrada en funcionamiento de la Agencia de Calidad y Desarrollo Profesional en Salud, preste servicios en el Instituto de Estudios de la Salud y en la Agencia de Información, Evaluación y Calidad en Salud, o el personal de estas entidades que tengan suspendida su relación jurídica laboral queda integrado en el ente público que se crea, el cual se subroga de manera expresa respecto a las relaciones contractuales de carácter laboral de este personal, con el mecanismo de sucesión de empresa previsto en el art. 44 ET. El personal funcionario que en el momento de entrada en funcionamiento de la Agencia de Calidad y Desarrollo Profesional en Salud, preste servicios en las entidades que se extinguen, puede ser integrado en el ente público que se crea manteniendo su condición de funcionario (disposición adicional cuarta).

3.- Se disuelven las sociedades mercantiles Viatges de Muntanya, S. A., y Remodelacions Urbanes, S. A., pasando la entidad Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya a ejercer las funciones de Viatges de Muntanya, S. A., y el Instituto Catalán del Suelo a desarrollar las funciones de Remodelacions Urbanes, S. A., que quedarán subrogadas en todos los derechos y obligaciones de carácter económico, contractual y laboral contraídos por las anteriores (disposición adicional primera).

4.- Se transforma la entidad de derecho público Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya en una sociedad mercantil, con capital público 100%, que se subroga en todos los derechos y las obligaciones de carácter económico, contractual y laboral contraídos por Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya (disposición adicional tercera).

En segundo término, el título IV de la Ley 3/2015, de 11 de marzo, de medidas, fiscales, administrativas y financieras de Cataluña, bajo la rúbrica "Medidas de reestructuración y racionalización del sector público", contiene distintas modificaciones normativas destinadas, con carácter general, a la reducción del gasto público, la racionalización del sector público y la transparencia en la gestión de los recursos. Este título está dedicado a profundizar en determinadas medidas de reestructuración en el ámbito del sector público de la Generalidad, que son continuidad de las ya adoptadas mediante la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público. Este título se divide en dos capítulos: el primero está dedicado a entidades de derecho público de la Generalidad y contiene modificaciones en las normas sustantivas de estas entidades. En algunos casos, para modificar algunas de sus funciones, como en el caso del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada y del Servicio Meteorológico de Cataluña; en otros, como en el del Instituto Catalán de Energía, la modificación puntual de su Ley 9/1991, de 3 de mayo, permite llevar a cabo la liquidación de Efiensa, asumiendo sus efectivos. Destaca la amplia modificación del Centro de la Propiedad Forestal, en su régimen jurídico, y a tal fin se modifica parcialmente la Ley 7/1999, de 30 de julio. También son objeto de modificación las leyes que regulan el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, la Agencia Catalana del Patrimonio Cultural y el Centro de Telecomunicaciones de la Generalidad de Cataluña.



El capítulo segundo reúne medidas de racionalización en el ámbito sanitario, modificando el Decreto ley 4/2010, de 3 de agosto, de medidas de racionalización y simplificación de la estructura del sector público de la Generalidad de Cataluña, y la Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria. Concretamente, es destacable la modificación de la primera norma, que implica que las competencias en materia de tecnologías de la información y comunicación de la Agencia de Calidad y Evaluación Sanitarias de Cataluña son asumidas por el departamento competente en materia de sanidad, asumiendo a su personal.

## **5.2.- LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL SUJETO-EMPRESARIO. DIFERENCIAS ENTRE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO ADMINISTRATIVO Y DEL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL Y FUNDACIONAL**

La desaparición del ente prestador del servicio sin que sean aplicables las reglas de subrogación del art. 44 ET, ni prevea tal circunstancia el convenio colectivo aplicable, ni tampoco la norma reguladora de la reordenación, conlleva la posibilidad de acudir, como cauce más adecuado de actuación, a lo previsto en el art. 49.1 g) ET. Según este precepto, la extinción de la personalidad jurídica del empresario, sin sucesión, exige, para que los contratos de trabajo terminen, la observancia de los trámites del art. 51 ET, salvo que el número de los afectados no sea superior a cinco, en cuyo caso deviene aplicable el art. 52 c) ET, con el consiguiente señalamiento, en ambas circunstancias, de las indemnizaciones propias de los despidos allí regulados (20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades)<sup>176</sup>.

Con todo, la extinción de la personalidad jurídica de la empresa no opera automáticamente sino que permite la formalización de la voluntad resolutoria, exteriorizando su decisión de despedir así formada mediante una declaración o manifestación que debe incorporar las causas justificativas y observar los trámites formales previstos al efecto, a riesgo de que en caso contrario quede frustrada la posibilidad de materializar las extinciones contractuales. Además, conviene matizar, de entrada, que la remisión que efectúa, en aclaración de lo previsto en el art. 49 g) ET, el art. 30 Real Decreto 1483/2012, con carácter general, al capítulo I del Título I del Reglamento, opera, en realidad, para las Administraciones Públicas, sobre el capítulo II del Título III<sup>177</sup>.

Cabe tener presente, a estos efectos, que el art. 3.2 TRLCSP califica como Administraciones Públicas a las siguientes entidades: 1) la Administración General del Estado; 2) las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla; 3) las entidades que integran la Administración Local, así como las entidades de Derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o de control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad; Y 4) las entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes, de un lado, que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o, de otro, que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o la prestación de servicios. Quedan, por tanto, excluidos del concepto del sector público administrativo, las

<sup>176</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El personal laboral al servicio del sector público local tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, en AA.VV (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): *La reforma de régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2014, págs. 582 y ss.

<sup>177</sup> DESDENTADO DAROCA, E.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Albacete (Bomarzo), 2014, pág. 113.

sociedades mercantiles públicas, las fundaciones, los consorcios y las entidades públicas empresariales<sup>178</sup>.

### 5.2.1.-Causas justificativas de los despidos

Procede recordar que el párrafo segundo de la disposición adicional 16ª ET adapta la definición legal de las causas económicas, técnicas y organizativas capaces de justificar los despidos en el ámbito del sector público a que se refiere el art. 3.2 TRLCSP, que, en líneas generales, viene a coincidir, como ya consta, con el sector público administrativo. En este sentido, se señala que concurren causas económicas cuando se produzca en los entes, organismos y entidades del sector público administrativo “una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes”, entendiéndose, en todo caso, que la “insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos”, términos perfilados por el actualmente anulado art. 35.3 Real Decreto 1483/2012 exigiendo “que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario y que los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por 100 en el ejercicio corriente o en un 7 por 100 en los dos ejercicios anteriores. A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria”. El Tribunal Supremo ha entendido que “tal criterio reglamentario supone una desviación del criterio legal, consistente en un dato material o sustantivo –como es la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados— sustituyéndolo por un dato puramente formal”<sup>179</sup>.

Asimismo, se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público del que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan modificaciones en la estructura interna de las Administraciones públicas<sup>180</sup>. Queda eliminada, en este ámbito, la aplicación de las causas productivas atendiendo a las dos siguientes razones fundamentales: la disposición adicional 16ª ET no las menciona, más que en el título, y la aplicación supletoria de lo previsto en el art. 51.1 ET es inviable para una Administración Pública porque se refiere a “cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa quiere colocar en el mercado”<sup>181</sup>.

Esta definición legal de las causas económicas, técnicas y organizativas, justificativas de los despidos que se contiene en el segundo párrafo de la disposición adicional 16ª ET, se circunscribe al denominado sector público administrativo integrado, como ya consta, por la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y sus Organismos Autónomos, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, y las entidades de Derecho Público de carácter no empresarial ni comercial y mancomunidades de municipios y consorcios con personalidad jurídica de carácter no empresarial ni comercial. En cambio, en el sector público empresarial (formado por las entidades de derecho público que realizan actividades mercantiles, las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, y las sociedades mercantiles con mayoritaria participación pública), así como en el sector público

<sup>178</sup> DESDENTADO DAROCA, E.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, cit., pág. 117.

<sup>179</sup> STS, Cont-Admto, 19 mayo 2015 (rec. 836/2012).

<sup>180</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Los despidos en la Administración Pública”, en AA.VV (PUMAR BELTRAN, N., Coord.): *La flexibilidad interna y los despidos colectivos en el sistema español de relaciones laborales*, Barcelona (Huygens), 2014, págs. 121 y ss.

<sup>181</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*, cit., págs. 73 y ss.

fundacional, se entenderá que concurren causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en los términos descritos, para el sector privado, en los arts. 51.1 y 1.2 Real Decreto 1483/2012, tal y como señala el art. 34.3 de esta disposición reglamentaria<sup>182</sup>. En particular, y por lo que se refiere a las causas económicas, la definición a utilizar para el sector público empresarial y fundacional es muy distinta, pues el art. 51.1 ET determina que concurrirán cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas, y que, en todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del ejercicio anterior.

### 5.2.2.-Procedimiento

El Real Decreto 1348/2012 también diversifica el régimen aplicable al procedimiento del despido colectivo, según el carácter de la entidad. Así, si el número de afectados es superior a cinco y se produce la cesación total de la actividad de la Administración-empresario, será preceptivo seguir los trámites pautados en la disposición adicional 16ª ET, desarrollada en los arts. 35 y ss. Real Decreto 1483/2012, cuando se trate de entidades incluidas en el art. 3.2 TRLCSP, esto es, integradas en el concepto de sector público administrativo (art. 34.1 Real Decreto 1348/2012) y, “en lo no recogido en este título, y en cuanto no se oponga, contradiga o sea incompatible con el mismo, será de aplicación el procedimiento general contemplado en el título I” (art. 34.4 Real Decreto 1348/2012)<sup>183</sup>.

Sin embargo, es pertinente observar la tramitación empresarial común (art. 51 ET y arts. 1 y ss. Real Decreto 1483/2012) cuando se trate de sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público y de fundaciones públicas, con una única singularidad: la comunicación de inicio del período de consultas deberá contener, además de la documentación especificada en el art. 3.1 Real Decreto 1348/2012, una “memoria explicativa de las causas del despido y su relación con los principios contenidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con las medidas o mecanismos previstos en la misma o con los objetivos de estabilidad presupuestaria a que hace referencia” [art. 38 a) Real Decreto 1348/2012].

Pese a lo acertado de estas conclusiones desde el punto de vista técnico-jurídico, no faltan pronunciamientos judiciales que abogan por acudir a un criterio material y no meramente formal para abordar el tema de la clasificación de los entes del sector público dentro o fuera del concepto Administración pública, de modo que las sociedades mercantiles no pueden equipararse sin más a una empresa privada, por su *modus operandi*, pues no actúan en un mercado de bienes y servicios en régimen de competencia, tratándose en realidad de Administraciones recubiertas por el manto de una Administración mercantil, tal y como ha sucedido con el holding público TRAGSA<sup>184</sup>. En cambio, se ha considerado que el Ente Público de Radio Televisión de Madrid no es Administración<sup>185</sup>. Ello sin olvidar que se han establecido algunos criterios de diferenciación generales, recurriendo a otras normas distintas del art. 3.2 TRLCSP, como la Ley Orgánica de Organización y Funcionamiento de la Administración General del

<sup>182</sup> ROQUETA BUJ, R.: “Despido colectivo y objetivo por motivos económicos y reorganización en la Administración Pública”, en AA.VV (PÉREZ ALONSO, M.A.; BLENADO GARÍN, B. y FABREGAT MONFORT, G., Dirs.): *Derecho del Empleo Público*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2014, pág. 111.

<sup>183</sup> ROQUETA BUJ, R.: “Despido colectivo y objetivo por motivos económicos y reorganización en la Administración Pública”, cit., pág. 112.

<sup>184</sup> CUADROS GARRIDO, M.E.: “Patologías en el empleo público: el caso TRAGSA”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168, 2014, pág. 327.

<sup>185</sup> STS, Social, 26 marzo 2014 (rec. 158/2013).

Estado (actual Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, la Ley General Presupuestaria y la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera<sup>186</sup>.

Todo ello sin olvidar que si el ente, afectado por la reestructuración, tuviera menos de cinco trabajadores, es necesario alegar causa justificativa en el sentido anteriormente explicado, pero, independientemente de la naturaleza jurídica de la entidad empresarial, el *iter* es mucho más sencillo, coincidiendo con el del despido objetivo, condicionado únicamente a lo previsto en el art. 53 ET (comunicación escrita al trabajador afectado, puesta a disposición de la indemnización, concesión de un preaviso de 15 días y disfrute de un permiso de 6 horas semanales a fin de proceder a buscar nuevo empleo)<sup>187</sup>, con la exigencia adicional de atender a lo dispuesto en el convenio colectivo y de proceder, a la postre, a la consiguiente modificación de la relación de puestos de trabajo si se tratara de una Administración Pública<sup>188</sup>.

En fin, en todos los casos, el empleador deberá solicitar a los representantes unitarios de los trabajadores un informe previo a la ejecución de las decisiones en materia de reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales [art. 64.5 a) ET].

### 5.2.3.-Documentación

Previa comunicación fehaciente del Ente público a los trabajadores o a sus representantes de su intención de iniciar la tramitación del despido colectivo, el procedimiento propiamente dicho comienza con la comunicación por escrito de apertura del período de consultas a los representantes de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar a la autoridad laboral y al órgano competente en materia de función pública estatal o autonómica, obligación esta última que no afecta a la Administración Local ni tampoco a las entidades instrumentales.

Con carácter general, el art. 51 ET exige que en dicho escrito de inicio del procedimiento se consiguen los siguientes extremos: a) las causas justificativas; b) el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados; c) el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; d) período previsto para la realización de los despidos; e) criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados; f) copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo; g) representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales. Esta documentación genérica del art. 51, desarrollada en los arts. 3, 4 y 5 Real Decreto 1483/2012 habrá de ser aportada por los entes que integran el sector público empresarial y fundacional<sup>189</sup>.

Sin embargo, para las entidades integradas en el ámbito de aplicación del art. 3.2 TRLCSP, tales términos se concretan en el art. 37 Real Decreto 1483/2012, de conformidad con el cual la comunicación escrita dirigida por el Departamento, Consejería, Entidad Local, organismo o entidad de que se trate, a los representantes legales de los trabajadores, así como a la autoridad laboral y, si se afectara al ámbito estatal o autonómico, al órgano competente en materia de función pública, deberá ir acompañada de la documentación

<sup>186</sup> SSTS, Social, 26 diciembre 2013 (rec. 291/2011) ó 18 febrero 2014 (rec. 74/2013).

<sup>187</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Los despidos objetivos en las Administraciones Públicas, rescate de contratas y concesiones y supresión de entidades o estructuras administrativas”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *La reforma del sector público*, Sevilla (Instituto García Oviedo), 2014, págs. 369 y ss.

<sup>188</sup> VIDA FERNÁNDEZ, R.: “Despidos individuales”, en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L., Dir.): *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada (Comares), 2014, pág. 480.

<sup>189</sup> SSTS 18 febrero 2014 (rec. 74/2013) y 26 marzo 2014 (rec. 158/2013).

referida en los arts. 38 y ss. del citado Reglamento, que distinguen entre la que es común a todos los procedimientos de despido colectivo tramitados por las Administraciones, organismos y entidades a los que se refiere el art. 3.2 TRLCSP, la atinente a los despidos fundamentados en causas económicas y la correspondiente a los justificados en razones técnicas y organizativas<sup>190</sup>.

Dentro del primer bloque, esto es, el común a todos los despidos, es necesario entregar una memoria explicativa de las causas del despido y su relación con los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y una enumeración de los criterios tenidos en cuenta en relación con el establecimiento de la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esa condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto (art. 38). A ello hay que añadir, tras el Real Decreto Ley 11/2013, el período previsto para la realización de los despidos, la copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo y la indicación de los representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.

En segundo lugar, en relación con los despidos por causas técnicas u organizativas, es necesario presentar una memoria explicativa que acredite la concurrencia de dichas causas, así como especificar la plantilla de personal laboral del Departamento, Consejería, Entidad Local, organismo o entidad de que se trate, el plan de ordenación de recursos humanos, si lo hubiera, y cualquier otra documentación justificativa (art. 40).

En tercer término, si la razón alegada es económica, procede aportar, al menos, una memoria explicativa que acredite la situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes, los presupuestos de los dos últimos ejercicios, donde consten los gastos de personal y, en su caso, las modificaciones de los créditos presupuestarios, certificación del responsable de la oficina presupuestaria u órgano contable donde conste que concurre la causa de insuficiencia presupuestaria, plantilla de personal y plan de ordenación de recursos humanos, en el caso de que se haya tramitado (art. 39).

De este escrito de iniciación, así como de la documentación correspondiente según la causa alegada, se hará llegar copia por el Departamento, Consejería, Entidad Local, organismo o entidad que inicie el procedimiento a la autoridad laboral y al órgano competente en materia de función pública (si se trata de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma) simultáneamente a su comunicación a los representantes legales de los trabajadores. Esta autoridad laboral será informada también sobre la composición de la representación de los trabajadores, así como de la comisión negociadora del procedimiento de despido colectivo (art. 42). La autoridad laboral una vez recibida esta comunicación de iniciación del procedimiento de despido colectivo dará traslado de la misma, incluyendo la documentación correspondiente, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Inspección de Trabajo<sup>191</sup>.

Si la entidad no forma parte del ámbito subjetivo del art. 3.2 TRLCSP, la documentación a aportar se recoge en los arts. 3, 4 y 5 Real Decreto 1483/2012 que es la exigida a las empresas privadas, si bien, como ya consta, observando el principio de disciplina presupuestaria, el art. 34.3 Real Decreto 1483/2012 matiza que “los entes,

---

<sup>190</sup> BOLTAINA BOSCH, X.: “Empleo público y medidas de ajuste extintivas de los contratos de trabajo para hacer frente a la crisis de las entidades locales”, en *Empleo público Local ante la crisis*, Barcelona (Fundación Democracia y Gobierno Local-Cemci), 2011, pág. 267.

<sup>191</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “El procedimiento de despido colectivo en la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, núm. 7-8, 2013, pág. 55.

organismos y entidades que pertenecen al sector público sin ser Administraciones Públicas deberán incluir en la documentación del despido colectivo una indicación de la relación de las causas del despido con los principios contenidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con las medidas o mecanismos previstos en la misma o con los objetivos de estabilidad presupuestaria a que dicha norma se refiere”<sup>192</sup>.

Cabe preguntarse aquí, a la postre, sobre la posibilidad de que se pacte en el sector público y en período de consultas una cuantía indemnizatoria superior a la legalmente prevista. Tal interrogante merece una respuesta negativa por dos razones fundamentales: de un lado, el ordenamiento laboral reformado no avala esta hipótesis, pues el art. 51 ET fija ahora el contenido del período de consultas en las “posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias”; de otro, teniendo en cuenta la falta de ingresos que justifica este tipo de medidas y la naturaleza pública del dinero con el que se ha de hacer frente a este tipo de compensaciones económicas, no resulta lógico que la Administración negocie la indemnización al alza. Debería entenderse, por tanto, que la compensación económica fijada legalmente operaría aquí como norma de Derecho necesario indisponible. Esta reflexión es clara para los entes del sector público administrativo, debiendo ser matizada en lo que se refiere al sector público empresarial y fundacional, atendiendo a sus fuentes de financiación, que pueden ser públicas, en cuyo caso, la conclusión es la misma, o provenir del mercado, siendo posible en este último supuesto pactar un incremento en las indemnizaciones.

#### **5.2.4.-Individualización de los trabajadores afectados**

La opción acogida por la norma de vincular el concepto de despido colectivo al número de extinciones de contratos en relación con la plantilla total, lleva a que dichas cifras hayan de ser conocidas tanto por la autoridad laboral como por los representantes de los trabajadores y, cómo no, por el órgano competente en materia de función pública (a excepción de si se trata de una Administración Local), a fin de constatar el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. Con todo, los datos previstos en el Real Decreto 1483/2012 asumen un objetivo más amplio que el estrictamente cuantitativo, pues la comunicación habrá de contener también una serie de informaciones de contenido cualitativo relativas a los concretos puestos afectados por los despidos y, sobre todo, los criterios para determinar los empleados que se van a despedir, no en vano si esas decisiones no se motivan adecuadamente pueden quedar deslegitimadas y servir de coartada a comportamientos arbitrarios contrarios al principio constitucional de igualdad que debe presidir esta materia. En el contexto aquí analizado, puede que la extinción de la personalidad jurídica del ente en cuestión conlleve el despido de todos los empleados, en cuyo caso ya no tiene sentido hablar de prioridad de permanencia, pero también puede que los despidos afecten solo a algunos de los trabajadores, manteniéndose los contratos de algunos con otro empresario (Administración matriz u otra entidad que asuma las competencias). De nuevo, es necesario distinguir en función de la naturaleza del ente en cuestión.

#### **A)Prioridad de permanencia**

No cabe olvidar que nuestro ordenamiento jurídico es muy cauteloso cuando se enfrenta a decisiones administrativas que se toman *ad personam*. El único parámetro que categóricamente establece la normativa laboral en cuanto a la prioridad de permanencia (no de intangibilidad) es el relativo a las garantías sindicales: tendrán preferencia para permanecer en la Administración los miembros del comité de empresa, los delegados de

<sup>192</sup> GONZÁLEZ ALONSO, A.: “La última reforma del mercado laboral y su aplicación al sector público”, *Actum Social*, núm. 61, 2012, pág. 67.

personal, así como los delegados sindicales y los delegados de prevención y miembros del comité de seguridad y salud mientras permanezcan en activo<sup>193</sup>, sin olvidar el postulado judicial de interdicción del fraude de ley o abuso de derecho (consistente, en paradigmático ejemplo, en la selección de los trabajadores con contrato fijo en vez de temporal, con el resultado de hacer más precario el empleo) y de razonabilidad y coherencia, a la par que deben respetarse los derechos fundamentales de los trabajadores de la plantilla, lo que incluye la prohibición de trato discriminatorio<sup>194</sup>.

A partir de ahí, estas cuestiones se vienen dejando a la negociación colectiva (que puede atender, entre otras circunstancias, a las cargas familiares, mayores de determinada edad o discapacitados), pero, dentro del sector público, como es una situación prácticamente nueva, los convenios no suelen detenerse en fijar pautas para determinar prioridades de permanencia en los supuestos de despidos por causas económicas, técnicas u organizativas. El riesgo que se corre es, por tanto, altísimo, particularmente cuando se produzca un cambio en la tendencia política de una Administración de pequeñas dimensiones, lo cual exige un cumplimiento escrupuloso del principio de objetividad a la hora de seleccionar a los trabajadores afectados, amparado en los parámetros constitucionales de mérito y capacidad, que deben jugar un papel decisivo, no sólo en el acceso al empleo sino también en el desarrollo de la relación de trabajo y en la extinción<sup>195</sup>, máxime cuando la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), se encarga de aclarar que “será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas”, pero sin que esta nulidad afecte “a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia” [art. 124.11 c)], de modo que, como ha señalado el Tribunal Supremo, el proceso colectivo no es el cauce adecuado para el enjuiciamiento de la fase de aplicación de los criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido<sup>196</sup>. No obstante, la representación legal de los trabajadores podrá utilizar el procedimiento de conflicto colectivo para denunciar el incumplimiento general de los criterios de selección acordados en el período de consultas o dispuestos por la entidad empleadora en la decisión final del despido colectivo, alegando y probando en tal caso que el incumplimiento o incumplimientos repercuten de modo indiferenciado sobre los intereses generales del grupo de los trabajadores afectados por el despido colectivo<sup>197</sup>.

Lo que parece razonable y exigible es que, en los despidos por causas técnicas y organizativas, los puestos de trabajo que se amortizan estén directamente relacionados con la causa objetiva que se invoca, tal y como sucede, por ejemplo, con aquellos trabajadores que prestan su actividad en una plaza que queda afectada por la introducción de nuevas tecnologías, métodos de trabajo o estrategias de prestación, pero no con aquellos otros que desarrollan su actividad en sectores o ámbitos distintos de la organización pública. Esta pauta de conexión inmediata quiebra, no obstante, cuando se invocan causas económicas, ya que éstas indudablemente afectan a la totalidad de la organización y de su personal, lo que amplía enormemente el espectro humano del despido.

Lo que está claro es que la entidad pública, a la hora de seleccionar a los trabajadores que sufrirán la pérdida de empleo, no sólo no podrá incurrir en tratamientos constitucionalmente discriminatorios –como sucede con el empresario privado–, sino que

---

<sup>193</sup> STS, Social, 16 septiembre 2013.

<sup>194</sup> SJS núm. 1 Pamplona 4 enero 2012.

<sup>195</sup> SSTSJ Castilla y León 13 julio 2013 (rec. 1183/2013) y 26 diciembre 2013 (rec. 1880/2013).

<sup>196</sup> STS 25 junio 2014 (rec. 198/2013).

<sup>197</sup> SAN 16 enero 2014 (rec. 391/2013).

deberá ceñirse “a criterios estrictamente objetivos, que deberá precisar a los efectos de fundamentar su decisión selectiva”<sup>198</sup>.

## B) Personal laboral fijo

Un postulado nuevo, claramente objetivo en el sentido anteriormente indicado, introduce la Ley 3/2012 en la disposición adicional 16ª ET, pues establece cómo “tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto”. Se pretende, así, “blindar relativamente a aquellos empleados públicos que hayan realizado pruebas selectivas y hayan acreditado el mérito y la capacidad, siquiera sea formalmente. Valdrá, por tanto, con justificar la realización de tales pruebas para que esos empleados tengan preferencia de permanencia sobre aquellos que hayan ingresado mediante una contratación directa. Sería nulo, por tanto, el despido de trabajadores fijos por razones económicas, técnicas u organizativas, siempre que dentro del correspondiente grupo profesional permanezcan en sus puestos trabajadores temporales, trabajadores indefinidos no fijos o trabajadores del tipo que sea afectados por la anulación firme del proceso selectivo. Todo ello al margen de la justificación *lato sensu* de la causa en cuestión. Y es que frente a las mencionadas categorías de trabajadores los empleados fijos y seleccionados de forma regular, con respeto de los principios de mérito y capacidad, gozan de una prioridad de permanencia cuya fuente es la Constitución –arts. 14, 23.2 y 103.3--<sup>199</sup>.

Si no se respetase esta prioridad de permanencia se produciría no sólo una vulneración de los citados preceptos constitucionales, sino también un comportamiento arbitrario por parte de una Administración Pública. Ésta es la argumentación que ha llevado a algún pronunciamiento judicial a declarar no ajustadas a Derecho las extinciones contractuales producidas como consecuencia del proceso de despido colectivo llevado a cabo en un Ayuntamiento, afirmando lo siguiente: “como quedó acreditado en la práctica de la prueba de interrogatorio de testigos, a juicio subjetivo del técnico o del delegado y, con una valoración personal, subjetiva y arbitraria, carente de la aplicación de cualquier parámetro objetivo, fueron determinados los trabajadores afectados por la decisión extintiva, sin tener en cuenta ni su competencia técnica, ni su formación, ni su experiencia, ni la polivalencia”<sup>200</sup>. Asimismo, se ha declarado nulo, por violación de derechos fundamentales, el despido fundamentado en causa económica de una trabajadora al servicio de un Ayuntamiento pero que realmente implicaba una discriminación por afiliación política<sup>201</sup>. Igualmente, se ha declarado nulo el despido de 726 trabajadores de la empresa pública TRAGSA, que no fijó los criterios de selección de los trabajadores despedidos en el período de consultas y los aplicados fueron del todo imprecisos, permitiendo múltiples interpretaciones, incluso hasta el punto de exigir un manual posterior que remite a un procedimiento de valoraciones, realizadas de forma no transparente y por valoradores no identificados, de factores ajenos a los principios constitucionales aplicables al empleo público, esto es, de mérito y capacidad<sup>202</sup>.

No resulta muy afortunada la redacción del inciso final del precepto, pues utiliza el condicional, esto es, “cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades” que actúen como empresario. No obstante, el art. 41.2 Real Decreto 1483/2012 intenta corregir

<sup>198</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Despidos colectivos”, en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L., Dir.): *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada (Comares), 2014, págs. 467 y ss.

<sup>199</sup> VIVERO SERRANO, J.B.: “La readmisión de los empleados públicos objeto de despido ilícito: el juego del derecho constitucional de igualdad, del art. 96.2 EBEP y de la autonomía colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 7-8, 2013, pág. 29.

<sup>200</sup> El Ayuntamiento es el de Jerez de la Frontera y la Sentencia ha sido comentada por RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “El procedimiento de despido colectivo en la Administración Pública”, cit., pág. 64.

<sup>201</sup> No ha quedado acreditada la situación de déficit presupuestario, en relación con el Departamento de la trabajadora y el resto del Ayuntamiento. STSJ, Social, Andalucía 24 octubre 2013 (rec. 2513/2012).

<sup>202</sup> SAN, Social, 16 abril 2014 (proc. 499/2913)



esta permisividad, sentando que la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, o autoridad equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, podrá establecer la aplicación de dicha prioridad en los procedimientos que afecten al personal laboral de sus respectivos ámbitos, aun cuando el Departamento, Consejería, organismo o entidad que promueva el procedimiento no lo hubiera previsto, si, a la vista del expediente, entendiéndose que es aplicable dicha prioridad, por ser adecuada a las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la ordenación general en materia de recursos humanos y el interés público. No se aclara, sin embargo, qué sucede con las Administraciones Locales ni otras entidades públicas<sup>203</sup>.

Ahora bien, ello no puede interpretarse como una facultad discrecional de las referidas Administraciones Públicas, sino como una habilitación a su favor para que en función del juego combinado de los principios constitucionales de mérito y capacidad, de un lado, y de eficacia administrativa, de otro, adopten la solución más adecuada al interés general. Esto es, una vez salvaguardada la prioridad de permanencia de las personas que ya han acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe que la Administración Pública tome en cuenta criterios distintos dirigidos a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos. Otra interpretación resultaría difícilmente conciliable con los postulados constitucionales<sup>204</sup>.

De hecho, la doctrina judicial considera que la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de publicidad, mérito y capacidad prevista en la disposición adicional 16ª ET, es de obligado cumplimiento para las Administraciones Públicas, estableciéndose de esta manera una nítida distinción entre aquéllas y las empresas privadas, pues en estas últimas rige el principio de libre elección de los trabajadores que pueden quedar sometidos a extinciones contractuales por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción<sup>205</sup>. Por tanto, dicha prioridad de permanencia se impone en el sector público a que se refiere el art. 3.2 TRLCSP, mientras en el sector público empresarial, integrado por las entidades de derecho público que realizan actividades mercantiles, las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales y las sociedades mercantiles con mayoritaria participación pública, y en el sector público fundacional, rige plenamente el ordenamiento jurídico privado y, por ende, el criterio de libre elección de los trabajadores afectados por el despido colectivo siempre que no hubiera discriminación<sup>206</sup>.

No obstante, debe tenerse en cuenta también que existen entidades que no ostentan la condición de Administración Pública en los términos del art. 3.2 TRLCSP y que, sin embargo, se rigen por los principios rectores del acceso al empleo público previstos en el art. 55 EBEP (organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas). Por ello, el respeto a los parámetros de igualdad, mérito y capacidad habría de analizarse no sólo en función de la naturaleza del ente de que se trate,

<sup>203</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Las medidas de racionalización de plantillas en el empleo público local en un contexto de contención fiscal”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 28, 2012, pág. 36.

<sup>204</sup> ROQUETA BUJ, R.: “Jurisprudencia reciente sobre el despido en las Administraciones Públicas”, *Trabajo y Derecho*, núm. 2, 2015, pág. 74.

<sup>205</sup> SSTSJ, Social, Andalucía 20 marzo 2013 (rec. 11/2012), Galicia 2 mayo 2013 (rec. 10/2013), Madrid 10 junio 2013 (rec. 6/2013) y Castilla y León 12 febrero 2013 (rec. 60/2013), 9 octubre 2013 (rec. 1277/2013), 20 noviembre 2013 (rec. 1450/2013) y 4 diciembre 2013 (rec. 1318/2013).

<sup>206</sup> La STS, Social, 26 marzo 2014 (rec. 158/2013), a propósito del despido colectivo en el Ente Público Radio Televisión de Madrid, que tiene naturaleza de sociedad mercantil, viene a confirmar la afirmación de la sentencia de instancia de que la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que establece el art. 41 Real Decreto 1483/2012 “es de aplicación a las Administraciones Públicas, pero no a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, al que pertenece este Ente Público”. ROQUETA BUJ, R.: “Jurisprudencia reciente sobre el despido en las Administraciones Públicas”, cit., p. 75.

sino, dando un paso más, también de la forma de acceso de su personal<sup>207</sup>. Ciertamente, si la entidad de que se trate, pese a no tener la condición de Administración Pública, debe seleccionar a su personal conforme a los mismos criterios que las Administraciones Públicas, de suerte que la contratación irregular del mismo no puede conducir a la adquisición de fijeza, sino que su relación laboral tendrá el carácter de indefinida no fija de plantilla<sup>208</sup>, también tendría que respetar la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que impone la disposición adicional 16ª ET<sup>209</sup>.

A la luz de esta regulación, no hay que perder de vista tampoco que si una Administración o entidad pública ha efectuado varios despidos improcedentes no puede sin más, a conveniencia o de forma discrecional, readmitir a algunos empleados públicos e indemnizar a otros. Una de dos, o hace invariablemente uso de la misma opción, cualquiera que sea, o tiene que encontrar argumentos objetivos, razonables y proporcionados para distinguir en este punto a los empleados despedidos, lo cual *a priori* no parece tarea sencilla, aunque tampoco puede descartarse automáticamente. Cabría defender, en consecuencia, que los empleados públicos despedidos con carácter improcedente o no ajustado a derecho que, a diferencia de otros compañeros readmitidos fueran simplemente indemnizados, pudieran, entre otras alternativas posibles, impugnar la decisión empresarial de no readmisión por la vía del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales –arts. 177 y ss. LRJS--. La lesión del derecho fundamental de igualdad formal y genérica permitiría, en su caso, la condena a la readmisión, esto es, la estabilidad real, además de la indemnización de daños y perjuicios –art. 182 LRJS--<sup>210</sup>.

### C) Personal laboral temporal e “indefinido no fijo”

El añadido relativo a la prioridad de permanencia de los trabajadores fijos que hubieran adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto para el sector administrativo y para aquellas entidades que deben reclutar a sus trabajadores siguiendo los mentados principios, lleva aparejada, a la postre, la solución al problema planteado por la extinción de los contratos laborales indefinidos no fijos de plantilla (calificados así por las irregularidades cometidas en su contratación)<sup>211</sup>, cuya resolución había ofrecido una disparidad interpretativa en sede judicial derivada de una polarización entre exigir la utilización de los arts. 51 y 52 c) ET con el abono de la pertinente indemnización<sup>212</sup> o considerar que dicha exigencia es innecesaria al ser de aplicación el art. 49.1 b) ET<sup>213</sup>, entendiendo en este último supuesto que se materializa una “causa consignada válidamente en el contrato”, como acontece con los vínculos de interinidad por vacante, que resultan extinguidos, tanto si se cubre la plaza de forma reglamentaria como si se produce su amortización.

<sup>207</sup> SSTSJ, Social, Castilla y León 9 octubre 2013 (rec. 1277/2013).

<sup>208</sup> SSTS, Social, 12 mayo 2008 (rec. 1956/2007) y 26 mayo 2009 (rec. 2198/2008).

<sup>209</sup> ROQUETA BUJ, R.: “Jurisprudencia reciente sobre el despido en las Administraciones Públicas”, cit., pág. 76.

<sup>210</sup> VIVERO SERRRANO, J.B.: “La readmisión de los empleados públicos objeto de despido ilícito: el juego del derecho constitucional de igualdad, del art. 96.2 EBEP y de la autonomía colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 7-8, 2013, pág. 35.

<sup>211</sup> Se trataba de conjugar dos intereses, por una parte, asegurar el principio de estabilidad en el empleo, como censura a las irregularidades, y, por otra parte, evitar que quienes no hubieran entrado en la Administración de acuerdo con los principios constitucionales de mérito y capacidad, pudieran ver consolidadas sus plazas como trabajadores fijos. MOLINA HERMOSILLA, O.: “Balance de la aplicación de la reforma laboral en materia de despidos colectivos en la Administración”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2013, pág. 49.

<sup>212</sup> STS, Social, 8 julio 2012 y SSTSJ, Social, Cataluña 10 diciembre 2003, Castilla y León/Valladolid 9 septiembre 2003 ó Comunidad Valenciana 14 febrero 2002.

<sup>213</sup> STS, Social, 14 marzo 2002 y SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha 22 abril 2005, Navarra 15 octubre 2008, Comunidad Valenciana 13 abril 2010, Islas Baleares 27 octubre 2010 ó Madrid 21 diciembre 2011.

El Tribunal Supremo se pronunció, en un primer momento, sobre esta cuestión litigiosa considerando que la amortización de un puesto ocupado por un trabajador laboral indefinido no fijo de plantilla encuentra como causa de extinción la consignada en el contrato al amparo del art. 49.1 b) ET, sin derecho por tanto a indemnización de 20 días de salario por año de servicio. Entiende el Alto Tribunal que este tipo de contrato es una medida que sanciona el uso abusivo por parte de la Administración de la contratación temporal al poner fin a la sucesión contractual mediante la consolidación estable de una situación que terminará con la amortización o con la cobertura de la vacante por el procedimiento reglamentario<sup>214</sup>, y el trabajador que se encuentra en esta situación no queda indefenso, porque frente a la no convocatoria de la plaza, tiene acción para pedirla, y frente a las decisiones de amortización, tiene la posibilidad de impugnarlas<sup>215</sup>.

Sin embargo, recientemente, el Tribunal Supremo ha matizado este criterio. No cabe olvidar que al establecer la regla de prioridad en el puesto a favor del personal laboral fijo, la Ley 3/2012 evidencia, implícitamente, que para el legislador el indefinido no fijo precede al fijo en el orden de los despidos colectivos. Dicho en otros términos, parece que la nueva disposición adicional 16ª ET viene a sujetar la amortización de una plaza ocupada por un empleado público laboral indefinido no fijo de plantilla a las formalidades, requisitos e indemnización de la extinción contractual por causas económicas, técnicas y organizativas. De no admitirse esta conclusión, sería muy difícil responder el interrogante relativo al significado de la regla de preferencia o explicar respecto de quién tiene prioridad de permanencia el empleado público laboral fijo. Se respeta, así, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que aun cuando expresamente admite la posibilidad de establecer exclusiones a la transformación automática en fijos de aquellos trabajadores contratados irregularmente por las Administraciones Públicas, no en vano la Directiva 1999/70, de 28 de junio, deja cierto margen de actuación a los diferentes Estados miembros a fin de transponer sus objetivos<sup>216</sup>, lo cierto es que acto seguido exige la adopción de medidas efectivas para prevenir y sancionar semejantes irregularidades<sup>217</sup>. Así, al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español quedaba forzado a establecer algún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido no fijo consecuencia de la amortización de la vacante hasta ese momento ocupada de manera irregular, reparación tasada por ley que impediría reclamar en la vía contenciosa contra la Administración por su funcionamiento anormal. Ahora bien, pese a esta lógica argumentación, el Tribunal Supremo adoptó una solución intermedia, reconociendo el derecho a la indemnización por finalización de contrato temporal establecida en el art. 49.1 c) ET<sup>218</sup>. Por fin, el Alto Tribunal ha admitido la interpretación más lógica, exigiendo la aplicación de los arts. 51 y 52.c) ET y el pago de las indemnizaciones correspondientes (20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades)<sup>219</sup>.

<sup>214</sup> No es admisible la cobertura provisional de la plaza, sin que haya salido a concurso. STS, Social, 10 julio 2013.

<sup>215</sup> STS, Social, 22 julio 2013. Con anterioridad, en el mismo sentido, aun cuando se trataba de autos de inadmisión del recurso de casación para la unificación de la doctrina, por falta de identidad entre las resoluciones que se recurren y las ofrecidas como de contraste, AATS, Social, 24 marzo y 14 julio 2011.

<sup>216</sup> STJCE 212/04, de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros*.

<sup>217</sup> STJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*.

<sup>218</sup> Ocho días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren hasta el 31 de diciembre de 2011. Nueve días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2012. Diez días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2013. Once días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2014. Doce días de salario por cada año de servicio para los contratos temporales que se celebren a partir del 1 de enero de 2015. STS, Social, 23 octubre 2013 (rec. 814/2013).

<sup>219</sup> SSTS, Social, 18 junio 2014 (RDJ 3081/2014), 24 junio 2014 (Ar. 4380), 14 julio 2014 (RDJ 3319/2014), 19 febrero 2015 (núm. 703/2015) y 19 junio 2015 (núm. 4549/2015).

En todo caso, la prioridad de permanencia en la Administración Pública y en los entes que tienen que aplicar los parámetros de mérito y capacidad a la hora de reclutar a su personal, juega a favor de los trabajadores fijos frente a los temporales y a los indefinidos no fijos, aunque éstos sean más antiguos<sup>220</sup>. En este sentido, los tribunales niegan que el hecho de que se prescindiera sólo de trabajadores temporales<sup>221</sup> y/o de trabajadores indefinidos no fijos<sup>222</sup> constituya una desigualdad de trato injustificada<sup>223</sup>. En fin, como nota común, cabe aclarar, por si duda hubiere, que los criterios son de prioridad en el servicio activo, pero no de exclusión, de modo que la afectación por el despido colectivo de trabajadores con tal prebenda va a requerir una justificación en la decisión final extintiva a riesgo de que en caso contrario sea nula<sup>224</sup>.

---

<sup>220</sup> STS, Social, 23 mayo 2014 (rec. 179/2013). También, SSTSJ, Social, Castilla y León 12 febrero 2013 (rec. 60/2013), 28 mayo 2013 (proc. 9/2013), 9 octubre 2013 (rec. 1277/2013) y 20 noviembre 2013 (rec. 1450/2013), Galicia 2 mayo 2013 (rec. 10/2013) y Madrid 10 junio 2013 (rec. 6/2013)

<sup>221</sup> STSJ, Social, Madrid 10 junio 2013 (rec. 6/2013).

<sup>222</sup> SSTSJ, Social, Castilla y León 12 febrero 2013 (rec. 60/2013) y 28 mayo 2013 (proc. 9/2013) y Galicia 2 mayo 2013 (rec. 10/2013).

<sup>223</sup> ROQUETA BUJ, R.: "Jurisprudencia reciente sobre el despido en las Administraciones Públicas", cit., pág. 77.

<sup>224</sup> GONZÁLEZ ALONSO, A.: "La última reforma del mercado laboral y su aplicación al sector público", *Actum Social*, 2012, núm. 61, p. 67.